

DIE KONKRETISIERUNG VON GENERALKLAUSELN

Horst Wilhelm Haubelt

1978

Gesamtherstellung

Blasaditsch GmbH • 89 Augsburg 17 • Theodor-Heuß-Platz 3 • Telefon (0821) 51 85 63

DIE KONKRETISIERUNG VON GENERALKLAUSELN

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München



vorgelegt von
Horst Wilhelm Haubelt
1978



Referent: Professor Dr. Canaris

Korreferent: Professor Dr. Kaufmann

Tag der mündlichen Prüfung: 13. Dezember 1978

INHALTSVERZEICHNIS

Seite

Einleitung

1

1. Kapitel

1

2. Kapitel

1

3. Kapitel

1

MEINEN ELTERN

1. Abschnitt: Die Eltern

1

1. Die elterliche Erziehung

a) Die elterliche Erziehung

1

Die elterliche Erziehung ist die

Erziehung der Kinder durch die Eltern

2. Die elterliche Erziehung

a) Die elterliche Erziehung

1

3. Die elterliche Erziehung

1

4. Die elterliche Erziehung

1

II. Die elterliche Erziehung

Die elterliche Erziehung ist die

Erziehung der Kinder durch die Eltern

Die elterliche Erziehung ist die

Erziehung der Kinder durch die Eltern

1

A. Die elterliche Erziehung

1

B. Die elterliche Erziehung

1

<u>Inhaltsverzeichnis</u>	Seite
Abkürzungsverzeichnis	VI
Literaturverzeichnis	IX
Einleitung	1
1. Kapitel	
Begriffsabgrenzungen	
1. Abschnitt: Die Generalklausel	4
I. Die inhaltliche Präziserungsbedürftigkeit	
Die Abgrenzung gegenüber der Rechtsfindung secundum legem im engeren Sinne	6
A. Begrifflich i.e.S. gefaßter Tatbestand und Generalklausel	12
B. Typologische Bestimmung und Generalklausel	13
C. Blankettvorschrift und Generalklausel	15
II. Die unmittelbare Geltung	
Die Abgrenzung gegenüber den für ihre materielle Wirksamkeit ein weiteres Tätigwerden einer Regelungsinstanz erfordernden rechtlichen Anordnungen	16
A. Programmsatz und Generalklausel	19
B. Ermessensvorschrift und Generalklausel	21

III. Die rechtliche Anordnung	
Die Abgrenzung gegenüber den Bereichen der Rechtsfindung, in denen rechtliche Anordnungen völlig fehlen	26
A. Gewohnheitsrecht und Generalklausel	27
B. Lücke und Generalklausel	28
2. Abschnitt: Die Konkretisierung	33
2. Kapitel	
Die Fälle des Ausschlusses der General- klausel und ihrer Konkretisierung	37
A. Existenz einer wertungsmäßig bestimmten Norm und Fehlen der Konkretisierungs- möglichkeit	38
B. Bestehen einer Ausschließlichkeitsanordnung für einen eingegrenzten Teilbereich und Wegfall der Konkretisierungsmöglichkeit	42
3. Kapitel	
Das Verfahren der Konkretisierung	46
1. Abschnitt: Die Erstreckung auf ähnliche Fälle	46
A. Die konkretisierende Analogie	47
B. Das konkretisierende argumentum a fortiori	50

2. Abschnitt: Die Verknüpfung einer zumindest generell bestimmten Rechtsfolge mit einem wertausfüllungsbedürftigen Tatbestand	51
A. Die unmittelbare Konkretisierung	52
1) Die Rechtsfolge	52
2) Der Tatbestand	53
a) Die Verwendung der bestimmten Merkmale	54
b) Die Verwendung der Wertungselemente	55
ba) Die Feststellung des erforderlichen Maßstabs	56
bb) Die Ermittlung von Modellfällen und ihre Verwertung	62
3) Die rechtliche Kontrolle	67
4) Beispiele	74
B. Die vermittelte Konkretisierung	80
1) Die an unmittelbare Konkretisierungen anknüpfende Normbildung	81
a) "Fallvergleichung"	85
aa) Die zu beachtenden Schranken der Normbildung	85
ab) Die Bildung des hypothetischen Tatbestands	88
ac) Die Rechtfertigung der Normhypothese	90
ad) Beispiele	97

	Seite
b) Generalisierung	100
ba) Die Zusammenfassung von Konkretisierungen zu Fallgruppen für geordnete "Fallvergleiche"	100
bb) Die Einordnung neuer Regelungen in Fallgruppen	102
bc) Die Bildung von Typen und die Zuordnung zu ihnen	104
bd) Zur Möglichkeit der Schaffung begrifflich gefaßter Tatbestände	106
be) Die Grenzen der Generalisierung	110
2) Die Verwertung gesetzlicher Konkretisierungen zur Normbildung	112
a) Die Merkmale gesetzlicher Konkretisierungen von Generalklauseln	113
b) Die Möglichkeiten der Verwertung gesetzlicher Konkretisierungen von Generalklauseln	116
ba) Konkretisierende Analogie und argumentum a fortiori	117
bb) Generalisierung	123
3. Abschnitt: Die Verbindung eines generell bestimmten Tatbestandes mit einer ein ausfüllungsbedürftiges Element enthaltenden Rechtsfolgeanordnung	125
A. Unmittelbare Konkretisierung	125

	Seite
1) Die Bedeutung der generell bestimmten Merkmale	127
2) Die Nutzung der Wertungselemente	128
3) Die rechtliche Kontrolle	130
B. Die vermittelte Konkretisierung	131
1) Die Verwertung unmittelbarer Konkretisierungen zur Normbildung	131
a) "Fallvergleichung"	132
b) Generalisierung	136
2) Die an gesetzliche Konkretisierungen anknüpfende Normbildung	140
4. Abschnitt: Die Maßgeblichkeit eines Rechtsprinzips für die Regelung einer bestimmten Rechtsfrage	143
1) Besondere Kennzeichen und Möglichkeit der Einordnung in eine schon behandelte Gruppe	143
2) Die Konsequenzen der Einordnung für das Konkretisierungsverfahren	145
Schlußbemerkung: Die Grenzen der Konkretisierbarkeit und die Bewertung der Generalklausel als gesetzgebendes Gestaltungsmittel	155
Zusammenfassung	158

Abkürzungsverzeichnis

A. A.	Anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a. F.	alte Fassung
AnfG	Anfechtungsgesetz
Anm.	Anmerkung
AÖR	Archiv für öffentliches Recht
AO	Abgabenordnung
AP	Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
AuR	Arbeit und Recht, Zeitschrift für Arbeitsrechtspraxis
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayVerfGE	Entscheidungssammlung des Bayer. Verfassungsgerichtshofs
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BVerfGE	Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb

d. h.	das heißt
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
etc.	et cetera
Fn.	Fußnote
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
HGB	Handelsgesetzbuch
i.e.S.	im engeren Sinne
i.w.S.	im weiteren Sinne
i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
LG	Landgericht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RG	Reichsgericht
RGSt	Entscheidungssammlung des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungssammlung des Reichsgerichts in Zivilsachen
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
StVG	Straßenverkehrsgesetz

UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
vgl.	vergleiche
WPM	Wertpapiermitteilungen
z. B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

Literaturverzeichnis

Zitierweise:

Grundsätzlich ist nur der Name des Verfassers zitiert. Soweit mehrere Werke des gleichen Autors benutzt wurden, ist ein charakteristisches Wort aus dem Titel hinzugefügt.

- Arndt, Horst : Richterliche Rechtsfortbildung im Disziplinarrecht, in: Richterliche Rechtsfortbildung, 3 Referate von Horst Arndt, Herbert Heinrich, Rudolf Weber-Lortsch, Köln-Berlin-Bonn-München 1970, S. 11 ff.
- Bachof, Otto : Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, in: JZ 1955, 97 ff.
- Badura, Peter : Grenzen und Möglichkeiten des Richterrechts, in: Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtsverbandes, Band X, Bonn-Bad Godesberg 1973, S. 40 ff.
- Baratta, Alessandro : Juristische Analogie und Natur der Sache, in: Mensch und Recht, Festschrift für Erik Wolf zum 70. Geburtstag, Frankfurt am Main 1972, S. 137 ff.
- Baumann, Jürgen : Einführung in die Rechtswissenschaft, 4. Auflage, München 1974
- Baumgärtel, Gottfried : Treu und Glauben im Zivilprozeß, in: ZZP 1973 (86), 353 ff.
- Baur, Fritz : Einführung in das Recht der Bundesrepublik Deutschland, München 1974
- Baur, Fritz : Lehrbuch des Sachenrechts, 8. neu bearbeitete Auflage, München 1975
- Bender, Bernd : Zur Methode der Rechtsfindung bei der Auslegung und Fortbildung gesetzlichen Rechts, in: JZ 1957, 593 ff.
- Betti, Emilio : Die Problematik der Auslegung in der Rechtswissenschaft, in: Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, Frankfurt am Main 1969, S. 205 ff.

- Birke, Wolfgang : Richterliche Rechtsanwendung und gesellschaftliche Auffassungen, Köln 1968
- Bockelmann, Paul : Zur Strafbarkeit der Kuppelei, in: JR 1954, 361 ff.
- Breuer, Rüdiger : Direkte und indirekte Rezeption technischer Regeln durch die Rechtsordnung, in: AÖR 1976 (101), 46 ff.
- Brüggemann, Jürgen : Die richterliche Begründungspflicht, Schriften zur Rechtstheorie Heft 25, Berlin 1971
- Bülow, Oskar : Gesetz und Richteramt, Leipzig 1885
- Canaris, Claus-Wilhelm : Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Schriften zur Rechtstheorie Heft 3, Berlin 1964
- Canaris, Claus-Wilhelm : Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, Schriften zur Rechtstheorie Heft 14, Berlin 1969
- Canaris, Claus-Wilhelm : Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, Münchner Universitätschriften, Reihe der juristischen Fakultät, Bd. 16, München 1971
- Canaris, Claus-Wilhelm : Anmerkung zum Urteil des BAG vom 13.9.1969, in: SAE 1971, 111 ff.
- Canaris, Claus-Wilhelm : Tarifdispositive Normen und richterliche Rechtsfortbildung, in: Gedächtnisschrift für Rolf Dietz, München 1973, S. 199 ff.
- Class, Wilhelm : Generalklauseln im Strafrecht, in: Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag, Göttingen 1961, S. 122 ff.
- Clemens, Christian : Strukturen juristischer Argumentation, Schriften zur Rechtstheorie Heft 60, Berlin 1977
- Coing, Helmut : Allgemeine Rechtsgrundsätze in der Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Begriff der "guten Sitten", in: NJW 1947/48, 213 ff.

- Coing, Helmut : Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik, Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen Heft 84, Köln-Opladen 1959
- Coing, Helmut : Juristische Methodenlehre, Berlin-New York 1972
- Diederichsen, Uwe : Topisches und systematisches Denken in der Jurisprudenz, in: NJW 1966, 697 ff.
- Diederichsen, Uwe : Anmerkung zum Urteil des BAG vom 2.12.1966, in: SAE 1968, 130 f.
- Diederichsen, Uwe : Die Flucht des Gesetzgebers aus der politischen Verantwortung im Zivilrecht, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe Heft 114, Karlsruhe 1974
- Döhring, Erich : Fachliche Kenntnisse des Richters und ihre Verwertung im Prozeß, in: JZ 1968, 641 ff.
- Dreier, Ralf : Zum Begriff der "Natur der Sache", Münsterische Beiträge zur Rechts- und Staatswissenschaft Heft 9, Berlin 1965
- Dubischar, Roland : Grundbegriffe des Rechts, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1968
- Dürig, Günter : Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: Vom Bonner GG zur gesamtdeutschen Verfassung, Festschrift für Hans Nawiasky zum 75. Geburtstag, München 1956, S. 157 ff.
- Ecker, Walther : Das Recht wird in und mit der Auslegung, in: JZ 1969, 477 ff.
- Eckhold-Schmidt, Fridel : Legitimation durch Begründung, Schriften zur Rechtstheorie Heft 36, Berlin 1974
- Ehmke, Horst : "Ermessen" und "unbestimmter Rechtsbegriff" im Verwaltungsrecht, Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart Heft 230/231, Tübingen 1960

- Engisch, Karl : Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht, in: Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag, München-Berlin 1954
- Engisch, Karl : Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken, Münchner Universitätsreden N. F. Heft 35, München 1963
- Engisch, Karl : Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 2. ergänzte Auflage, Heidelberg 1968
- Engisch, Karl : Einführung in das juristische Denken, 5. Auflage, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1971
- Engisch, Karl : Auf der Suche nach der Gerechtigkeit, Hauptthemen der Rechtsphilosophie, München 1971
- Engisch, Karl : Karl Peters und der Ermessensbegriff, in: Festschrift für Karl Peters, Tübingen 1974, S. 15 ff.
- Esser, Josef : Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und des Staates, Wien 1949
- Esser, Josef : Die Interpretation im Recht, in: Studium generale 1954, 372 ff.
- Esser, Josef : Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 2. Auflage, Tübingen 1964
- Esser, Josef : Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht, in: Festschrift für Fritz von Hippel zum 70. Geburtstag, Tübingen 1967, S. 95 ff.
- Esser, Josef : Besprechung von Strache, Karl-Heinz, Das Denken in Standards, Schriften zur Rechtstheorie Heft 12, Berlin 1968, in: AÖR 1971 (96), 140 ff.
- Esser, Josef : Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt am Main 1972
- Esser, Josef : Traditionale und postulative Elemente der Gerechtigkeitstheorie, in: Tradition und Fortschritt im Recht, Festschrift gewidmet der Tübinger Juristenfakultät zu ihrem 500jährigen Bestehen, Tübingen 1977, S. 113 ff.

- Esser, Josef;
Schmidt, Eike : Schuldrecht, Band 1, Allgemeiner Teil, Teilband 1, 5. völlig neu bearbeitete Auflage, Karlsruhe 1975
- Fikentscher, Wolfgang : Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Band III, Mitteleuropäischer Rechtskreis, Tübingen 1976
- Fischer, Robert : Die Weiterbildung des Rechts durch die Rechtsprechung, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe Heft 100, Karlsruhe 1971
- Flume, Werner : Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, Das Rechtsgeschäft, 2. überarb. Auflage, Berlin-Heidelberg-New York 1975
- Flume, Werner : Richter und Recht, Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages(1966), München-Berlin 1967, Teil K
- Garstka, Hansjürgen : Generalklauseln, in: Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie, herausgegeben von Hans-Joachim Koch, Kronberg 1976, S. 96 ff.
- Germann, Oscar Adolf : Probleme und Methoden der Rechtsfindung, Bern 1967
- Germann, Oscar Adolf : Grundlagen der Rechtswissenschaft, 2. Auflage, Bern 1968
- Gernhuber, Joachim : Die integrierte Billigkeit, in: Tradition und Fortschritt im Recht, Festschrift gewidmet der Tübinger Juristenfakultät zu ihrem 500jährigen Bestehen, Tübingen 1977, S. 193 ff.
- Göldner, Detlef Christoph : Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung, Schriften zur Rechtstheorie Heft 18, Berlin 1969
- Goldschmidt, Werner : Einheit und Vielfalt des Begriffs der Normenhandhabung, in: Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, Frankfurt am Main 1969, S. 191 ff.

- | | |
|---------------------------------|---|
| Haase, Richard;
Keller, Rolf | : Grundlagen und Grundformen des
Rechts, 2. Auflage, Stuttgart-Berlin-
Köln-Mainz 1973 |
| Haberstumpf, Helmut | : Die Formel vom Anstandsgefühl aller
billig und gerecht Denkenden in der
Rechtsprechung des Bundesgerichts-
hofs, Schriften zur Rechtstheorie
Heft 47, Berlin 1976 |
| Hacks, Susanne | : Schmerzensgeld-Beträge, Übersicht
über neue Gerichtsentscheidungen,
8. Auflage, München 1976 |
| Haft, Fritjof | : Generalklauseln und unbestimmte Be-
griffe im Strafrecht, in: JuS 1975,
477 ff. |
| Hartz, Wilhelm | : Gesetzliche Generalklauseln und
Richterrecht im Steuerrecht, in:
Steuer und Wirtschaft 1968,
Sp. 245 ff. |
| Hassemer, Winfried | : Tatbestand und Typus, Schriftenrei-
he Annales Universitatis Saravien-
sis Heft 33, Rechts- und Wirtschafts-
wissenschaftliche Abteilung, Köln-
Bonn-Berlin-München 1968 |
| Hatz, Helmut | : Rechtssprache und juristischer Be-
griff, Stuttgart 1963 |
| Hauelsen, Fritz | : Zahlenmäßige Konkretisierung
("Quantifizierung") unbestimmter
Rechtsbegriffe, in: NJW 1973, 641
ff. |
| Haverkate, Görg | : Offenes Argumentieren im Urteil, in:
ZRP 1973, 281 ff. |
| Heck, Philipp | : Das Problem der Rechtsgewinnung,
Gesetzesauslegung und Interessen-
jurisprudenz, Begriffsbildung und
Interessenjurisprudenz, redigiert
von Roland Dubischar, Bad Homburg
v.d.H.-Berlin-Zürich 1968 |
| Hedemann,
Justus Wilhelm | : Die Flucht in die Generalklauseln,
Eine Gefahr für Recht und Staat,
Tübingen 1933 |
| Heller, Theodor | : Logik und Axiologie der analogen
Rechtsanwendung, Neue Kölner Rechts-
wissenschaftliche Abhandlungen
Heft 16, Berlin 1961 |

- Henke, Horst-Eberhard : Die Schmerzensgeldtabelle, München 1969
- Henkel, Heinrich : Einführung in die Rechtsphilosophie, Grundlagen des Rechts, 2. völlig neu bearbeitete Auflage, München 1977
- Henrich, Dieter : Die Generalklauseln, in: JA 1976, ZR S. 97 ff, 129 ff, 145 ff.
- Herrmann, Hans : Eingedämmte Generalklauseln, in: JZ 1955, 183 f.
- Herschel, Wilhelm : Von den Grenzen des Richterrechts, in: DB 1973, 2298 ff.
- Heusinger, Bruno : Rechtsfindung und Rechtsfortbildung im Spiegel richterlicher Erfahrung, Köln-Berlin-Bonn-München 1975
- Hilger, Marie Luise : Überlegungen zum Richterrecht, in: Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, München 1973, S. 109 ff.
- von Hippel, Fritz : Richtlinie und Kasuistik im Aufbau von Rechtsordnungen, Marburg/L. 1942
- Hirsch, Hans-Joachim : Richterrecht und Gesetzesrecht, in: JR 1966, 334 ff.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang : Rechtsanwendung und Selektion, in: JZ 1972, 297 ff.
- Hopt, Klaus : Was ist von den Sozialwissenschaften für die Rechtsanwendung zu erwarten?, in: JZ 1975, 341 ff.
- Hruschka, Joachim : Rechtsanwendung als methodologisches Problem, in: ARSP 1964 (50), 485 ff.
- Hruschka, Joachim : Die Konstitution des Rechtsfalles, Schriften zur Rechtstheorie Heft 4, Berlin 1965
- Hruschka, Joachim : Das Verstehen von Rechtstexten, Münchner Universitätsschriften, Reihe der Juristischen Fakultät Band 22, München 1972
- Ipsen, Jörn : Richterrecht und Verfassung, Schriften zur Rechtstheorie Heft 40, Berlin 1975

- Jesch, Dietrich : Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht, AÖR 1957 (82), 163 ff.
- Jørgensen, Stig : Recht und Gesellschaft, Göttingen 1971
- Kaiser, Joseph H. : Sozialauffassung, Lebenserfahrung und Sachverstand in der Rechtsfindung, in: NJW 1975, 2237 f.
- Kaufmann, Arthur : Gesetz und Recht, in: Existenz und Ordnung, Festschrift für Erik Wolf zum 60. Geburtstag, Frankfurt am Main 1962, S. 357 ff.
- Kaufmann, Arthur : Recht und Sittlichkeit, Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart Heft 282/283, Tübingen 1964
- Kaufmann, Arthur : Analogie und "Natur der Sache", Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe Heft 65/66, Karlsruhe 1965
- Kaufmann, Arthur : Die Geschichtlichkeit des Rechts im Lichte der Hermeneutik, in: Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, Frankfurt am Main 1969, S. 243 ff.
- Kaufmann, Arthur : Wozu Rechtsphilosophie heute?, Frankfurt am Main 1971
- Kaufmann, Arthur : Die "ipsa res iusta" - Gedanken zu einer hermeneutischen Rechtsontologie, in: Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, München 1973, S. 27 ff.
- Kaufmann, Arthur; Hassemer, Winfried : Grundprobleme der zeitgenössischen Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, Frankfurt am Main 1971
- Klein, Hans Hugo : Richterrecht und Gesetzesrecht, in: DRiZ 1972, 333 ff.
- Kloepfer, Michael : Anmerkung zum Beschluß des Gemeinsamen Senats der obersten Bundesgerichte vom 19.10.1971, in: NJW 1972, 1411 f.

- Koch, Hans-Joachim : Der unbestimmte Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, in: Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie, herausgegeben von Hans-Joachim Koch, Kronberg 1976, S. 186 ff.
- Koch, Hans-Joachim : Zur Rationalität richterlichen Entscheidungen, Rechtstheorie 1973 (4), 183 ff.
- Kötz, Hein : Über den Stil höchstrichterlicher Entscheidungen, in: RabelsZ 1973 (37), 245 ff.
- Kramm, Manfred : Rechtsnorm und semantische Eindeutigkeit, Diss. Erlangen-Nürnberg 1970
- Krampe, Christoph : Anmerkung zum Urteil des OLG Stuttgart vom 21.11.1974, in: JZ 1975, 574 ff.
- Kriele, Martin : Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation, Schriften zum öffentlichen Recht Band 41, Berlin 1967
- Kübler, Friedrich : Kodifikation und Demokratie, in: JZ 1969, 645 ff.
- Larenz, Karl : Wegweiser zu richterlicher Rechtsschöpfung, in: Festschrift für Arthur Nikisch, Tübingen 1958, S. 275 ff.
- Larenz, Karl : Der "Bedeutungswandel" der Rechtsnormen und seine Berücksichtigung in der Rechtsprechung, in: DRiZ 1959, 306 ff.
- Larenz, Karl : Entwicklungstendenzen in der heutigen Zivilrechtsdogmatik, in: JZ 1962, 105 ff.
- Larenz, Karl : Über das Verhältnis von Interpretation und richterlicher Rechtsfortbildung, in: Festschrift für Karl Olivecrona, Stockholm 1964, S.384 ff.
- Larenz, Karl : Richterliche Rechtsfortbildung als methodisches Problem, in: NJW 1965, 1 ff.

- Larenz, Karl : Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildungen, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe Heft 64, Karlsruhe 1965
- Larenz, Karl : Fall-Norm-Typus, in: Rationalität - Phänomenalität - Individualität, Festgabe für Hermann und Marie Glockner, Bonn 1966, S. 149 ff.
- Larenz, Karl : Grundsätzliches zu § 138 BGB, Juristen-Jahrbuch 7. Band, 1966/67, S. 98 ff.
- Larenz, Karl : Über die Bindungswirkung von Präjudizien, in: Festschrift für Hans Schima zum 75. Geburtstag, Wien 1969, S. 247 ff.
- Larenz, Karl : Die Bindung des Richters an das Gesetz als hermeneutisches Problem, in: Festschrift für Ernst Rudolf Huber zum 70. Geburtstag, Göttingen 1973, S. 291 ff.
- Larenz, Karl : Der Richter als Gesetzgeber, in: Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag, Berlin-New York 1974, S. 31 ff.
- Larenz, Karl : Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. neu bearbeitete Auflage, Berlin-Heidelberg-New York 1975
- Larenz, Karl : Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 3. Auflage, München 1975
- Larenz, Karl : Grundformen wertorientierten Denkens in der Jurisprudenz, in: Festschrift für Walter Wilburg zum 70. Geburtstag, Graz 1975, S. 217 ff.
- Larenz, Karl : Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allg. Teil, 11. neubearb. Aufl., München 1976
- Laufs, Adolf : Die Generalklausel, in: DRiZ 1973, 145 ff.
- Lautmann, Rüdiger : Freie Rechtsfindung und Methodik der Rechtsanwendung, Diss. Würzburg 1967
- Leenen, Detlef : Typus und Rechtsfindung, Schriften zur Rechtstheorie Heft 26, Berlin 1971

- Lenckner, Theodor : Wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz "nullum crimen sine lege", in: JuS 1968, 249 ff. und 304 ff.
- Less, Günter : Von Wesen und Wert des Richterrechts, Erlangen 1954
- Mayer-Maly, Theo : Das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit, Karlsruher Juristische Studiengesellschaft Heft 103, Karlsruhe 1971
- Meier-Hayoz, Arthur : Der Richter als Gesetzgeber, Zürich 1951
- Meier-Hayoz, Arthur : Lücken intra legem, in: Rechtsfindung, Festschrift für Oscar Adolf Germann zum 80. Geburtstag, Bern 1969, Bd. 1 S. 149 ff.
- Merten, Detlef : Anmerkung zum Urteil des BGH vom 26.4.1972, in: NJW 1972, 1799
- Merz, Hans : Auslegung, Lückenfüllung und Normberichtigung, in: AcP 1964 (163), 305 ff.
- Merz, Hans : Dauer und Wandel des Rechts, in: ZSR (N.F.92), 325 ff.
- Meyer, Wolfgang : Noch einmal: Wahrheitsbegriff und Rechtswissenschaft, in: JuS 1973, 202 ff.
- Michaelis, Karl : Über das Verhältnis von logischer und praktischer Richtigkeit bei der sogenannten Subsumtion, Göttinger Festschrift für das OLG Celle, Göttingen 1961, S. 117 ff.
- Müller, Friedrich : Normstruktur und Normativität, Schriften zur Rechtstheorie Heft 8, Berlin 1966
- Müller, Friedrich : Juristische Methodik, Berlin 1971
- Müller, Gerhard : Gedanken zum Richterrecht, in: AuR 1977, 129 ff.
- Nastelski, Karl : Unbestimmte Rechtsbegriffe, Generalklauseln und Revision, in: GRUR 1968, 545 ff.
- Nitschke, Manfred : Anmerkung zum Urteil des BAG vom 9.9.1968, in: SAE 1969, 151 ff.

- Noll, Peter : Zur Gesetzestechnik des Entwurfs eines Strafgesetzbuches, in: JZ 1963, 297 ff.
- Ohlmer, Henning : Richterfreiheit und Begründungspflicht, Diss. Mainz 1953
- von Olshausen, Henning : Beurteilungsspielraum der Verwaltung und Rationalität der Rechtsanwendung, in: JuS 1973, 217 ff.
- Paulus, Gotthard : Probleme richterlicher Regelbildung am Beispiel des Kreditsicherungsrechts, in: Juristen-Jahrbuch 6. Band, 1965/66, S. 134 ff.
- Palandt : Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 36. Auflage, München 1977 (Bearbeiter: Peter Bassenge §§ 854-1296 BGB; Helmut Heinrichs §§ 241-432 BGB; Hans Putzo §§ 433-630 BGB; Heinz Thomas §§ 631-853 BGB)
- Pawlowski, Hans-Martin : Die Aufgabe des Richters bei der Bestimmung des Verhältnisses von Recht, Sittlichkeit und Moral, in: ARSP 1964 (50), 503 ff.
- Pehle, Rudolf; Stimpel, Walter : Richterliche Rechtsfortbildung unter besonderer Berücksichtigung des gewerblichen Rechtsschutzes und des Personalgesellschaftsrechts, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe Heft 87/88, Karlsruhe 1969
- Peters, Hans : Generalklausel, in: Staatslexikon, herausgegeben von der Görres-Gesellschaft, 6. völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, 3. Band, Freiburg 1959
- Podlech, Adalbert : Wertungen und Werte im Recht, in: AÖR 1970 (95), 185 ff.
- Priester, Jens-Michael : Zum Analogieverbot im Strafrecht, in: Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie, herausgegeben von Hans-Joachim Koch, Kronberg 1976, S. 155 ff.
- Raiser, Ludwig : Grundgesetz und Privatrechtsordnung, Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages (1966), München-Berlin 1967, Teil B

- Redeker, Konrad : Legitimation und Grenzen richterlicher Rechtsetzung, in: NJW 1972, 409 ff.
- Reich, Norbert : "Leasing-Verträge", Abzahlungsrecht und Sittenwidrigkeit, in: JuS 1973, 480 ff.
- Reinhardt, Rudolf : Methoden der Rechtsfindung, in: Rudolf Reinhardt - Wilhelm König, Richter und Rechtsfindung, München-Berlin 1957
- Röhl, Klaus F. : Besprechung von Teubner, Gunther, Standards und Direktiven in General-klauseln, Frankfurt am Main 1971, in: AcP 1972 (172), 555 ff.
- Röhl, Klaus F. : Das Dilemma der Rechtstatsachenforschung, Tübingen 1974
- Rösgen, Hans : Die Handhabung gesetzlicher General-klauseln in der Revisionsinstanz, in: DÖV 1966, 528 ff.
- Rumpf, Max : Gesetz und Richter, Berlin 1906
- Rüthers, Bernd : Die unbegrenzte Auslegung, Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, 2. Auflage, Frankfurt am Main 1973
- Rüthers, Bernd : Anmerkung zum Urteil des BAG vom 2.2.1968, in: SAE 1969, 48 ff.
- Rupp, Hans Heinrich : Verfassungsrecht und Kartelle, in: Wettbewerb als Aufgabe, herausgegeben von Ernst-Joachim Mestmäcker, Bad Homburg v.d.H.-Berlin-Zürich 1968, S. 187 ff.
- Rupp, Hans Heinrich : Die Bindung des Richters an das Gesetz, in: NJW 1973, 1769 ff.
- Sack, Rolf : Anmerkung zum Urteil des LG Trier vom 9.10.1973, in: NJW 1974, 564 f.
- Säcker, Franz-Jürgen : Zur demokratischen Legitimation des Richter- und Gewohnheitsrechts, in: ZRP 1971, 145 ff.
- Säcker, Franz-Jürgen : Die Konkretisierung vager Rechts-sätze durch Rechtswissenschaft und Praxis, in: ARSP 1972 (58), 215 ff.

- Seetzen, Uwe : Bindungswirkung und Grenzen der verfassungskonformen Auslegung, in: NJW 1976, 1997 ff.
- Sonnenberger, Hans-Jürgen : Verkehrssitten im Schuldvertrag, Münchner Universitätsschriften, Reihe der Juristischen Fakultät, Band 12, München 1970
- Scheuerle, Wilhelm : Rechtsanwendung, Nürnberg-Düsseldorf 1952
- Scheyhing, Robert : Pluralismus und Generalklauseln, Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart Heft 454, Tübingen 1976
- Schmidt-Salzer, Joachim : Vertragsfreiheit und Verfassungsrecht, in: NJW 1970, 8 ff.
- Schneider, Hans Peter : Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht, Frankfurt 1969
- Schricker, Gerhard : Gesetzesverletzung und Sittenverstoß, München 1970
- Schweizer, Otto : Freie richterliche Rechtsfindung intra legem als Methodenproblem, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Basel 1959
- Staudinger : Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. neu bearbeitete Auflage, Berlin 1957 bis 1963 (Bearbeiter II. Band, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1 b, § 242, Berlin 1961: Wilhelm Weber)
- Stein, Erwin : Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Rechtsfortbildung durch die Rechtsprechung, in: NJW 1964, 1745 ff.
- Steindorff, Ernst : Die guten Sitten als Freiheitsbeschränkung, in: Summum ius - summa iniuria, Tübinger rechtswissenschaftliche Abhandlungen Band 9, Tübingen 1963, S. 58 ff.
- Strache, Karl-Heinz : Das Denken in Standards, Schriften zur Rechtstheorie Heft 12, Berlin 1968
- Streck, Michael : Generalklausel und unbestimmter Begriff im Recht der allgemeinen Ehwirkungen, Bonner rechtswissenschaftliche Abhandlungen Band 86, Bonn 1970

- Struck, Gerhard : Topische Jurisprudenz, Frankfurt am Main 1971
- Teubner, Gunther : Standards und Direktiven in Generalklauseln, Frankfurt am Main 1971
- Ulrich, Horst : Das Schmerzensgeld bei Querschnittslähmung, in: NJW 1970, 1956 ff.
- Viehweg, Theodor : Topik und Jurisprudenz, 5. durchgesehene und erweiterte Auflage, München 1974
- Wannagat, Georg : Rechtsfortbildung durch die sozialgerichtliche Rechtsprechung, Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtsverbandes, Band X, Bonn-Bad Godesberg 1973, S. 17 ff.
- Werner, Fritz : Zum Verhältnis von gesetzlichen Generalklauseln und Richterrecht, in: Recht und Gericht in unserer Zeit, herausgegeben von Karl August Betermann und Carl Hermann Ule, Köln-Berlin-Bonn-München 1971, S. 196 ff.
- Wieacker, Franz : Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, Tübingen 1956
- Wieacker, Franz : Gesetz und Richterkunst, Zum Problem der außergesetzlichen Rechtsordnung, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe Heft 34, Karlsruhe 1958
- Wieacker, Franz : Über strengere und unstrenge Verfahren der Rechtsfindung, Festschrift für Werner Weber, Berlin 1974
- Wiedemann, Herbert : Rechtssicherheit - ein absoluter Wert? Gedanken zum Bestimmtheitsfordernis zivilrechtlicher Tatbestände, in: Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, München 1973, S. 199 ff.
- Wolff, Hans Julius : Typen im Recht und in der Rechtswissenschaft, in: Studium generale 1952 (V), 195 ff.
- Wolff, Hans Julius : Verwaltungsrecht I, 9. Auflage, München 1974
- Wurche, Ditmar : Generalklausel und Kasuistik in der neueren deutschen Gesetzgebung, Diss. Heidelberg 1964

- Zippelius, Reinhold : Zum Problem der Rechtsfortbildung, in: NJW 1964, 1981 ff.
- Zippelius, Reinhold : Das Wesen des Rechts, 2. Auflage, München 1969
- Zippelius, Reinhold : Die Verwendung von Typen in Normen und Prognosen, in: Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, Frankfurt am Main 1969, S. 224 ff.
- Zippelius, Reinhold : Einführung in die juristische Methodenlehre, München 1971
- Zippelius, Reinhold : Legitimation durch Verfahren, in: Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, München 1973, S. 293 ff.
- Zitscher, Wolfram : Theoretische Probleme zur Abgrenzung von Richterrecht und Gesetzesrecht auf der Grundlage wertausfüllungsbedürftiger Tatbestandsmerkmale, in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie Band 2, Düsseldorf 1972, S. 543 ff.

Einleitung

Die Einstellung gegenüber Generalklauseln und ihre Handhabung stellen Probleme der Methodenlehre dar, deren Erörterung seit Jahrzehnten im Fluß ist, und es kann keine Rede davon sein, daß ein gewisser Abschluß dieser Erörterung erreicht ist. Vielmehr lassen sich drei bemerkenswerte Feststellungen treffen:

- 1) Von den meisten Autoren wird zwar betont, daß die Generalklausel als Regelungsmittel heute unentbehrlich sei¹, um der Vielfalt der Lebensverhältnisse gerecht zu werden² und eine zügige Anpassung der rechtlichen Ordnung an den Wandel der Verhältnisse zu gewährleisten³, man hat jedoch den Eindruck, daß Generalklauseln weiterhin nur als Notbehelf angesehen werden, der es erlaubt, an der grundsätzlichen Gleichsetzung von Recht und Gesetz⁴ festzuhalten. Jedenfalls ist der Hinweis selten, daß eine prinzipielle Ablehnung der Generalklausel nur vor dem Hintergrund des Kodifikationsideals verständlich ist⁵

¹Kübler, JZ 1969, 650; Herrmann, JZ 1955, 183 f; Rütters, Unbegrenzte Auslegung, S. 266; Werner, Generalklauseln, S. 196; Peters, S. 740; Rösge, DÖV 1966, 529; Baumann, S. 65; Brüggemann, S. 133; (für das Strafrecht) Lenckner, JuS 1968, 255.

²BVerfGE 3, 225 ff (243); BVerfGE 13, 153 ff (164).

³Daß Generalklauseln ihre Bedeutung wandeln können ist heute unbestritten und bedarf keiner Erörterung mehr (Larenz, Bedeutungswandel, DRiZ 1959, 306). - Wiedemann (Festschrift für Karl Larenz, S. 213 f) hat darauf hingewiesen, daß eine Generalklausel auch notwendig sein kann, um den Schutz besonders überragender Güter vorzuverlegen und den potentiellen Verletzer mit dem Risiko der Grenzüberschreitung zur Rechtswidrigkeit zu belasten.

⁴Kaufmann (Gesetz und Recht, Festschrift für Erik Wolf, S. 386) sieht in ihnen die Konsequenz aus dem Dogma der Lückenlosigkeit. - Vgl. in diesem Zusammenhang auch Werners (Generalklauseln, S. 209) Charakterisierung des Rechtsstaats als Gesetzesstaat, die zu der in unmittelbarer räumlicher Verbindung stehenden Bejahung der Generalklausel in Kontrast steht.

⁵So aber Kübler, JZ 1969, 650.

und daß die Generalklauseln heute ihren Ausnahmecharakter längst verloren haben¹. Danach kann Kritik an der Verwendung von Generalklauseln nicht mehr auf eine allgemeine Rechtfertigung der pauschalen Ablehnung dieser Regelungstechnik gestützt werden, sondern muß auf den in Frage stehenden Fall bezogen konkret begründen, warum die Generalklausel keine angemessene Regelung darstellt². Das kann durchaus in der Weise geschehen, daß dargetan wird, daß eine präzisere Durchnormierung des Regelungsbereichs wenigstens in abgrenzbaren Abschnitten möglich gewesen wäre, oder daß der Maßstab, auf den die Generalklausel verweist, für die Regelungsaufgabe ungeeignet ist, zum Beispiel weil ein einheitlicher Maßstab gar nicht existiert, oder daß das bei der Rechtsfindung aufgrund der Generalklausel einzuschlagende Verfahren den in dem speziellen Sachgebiet anerkannten Forderungen der Rechtsstaatlichkeit nicht genügt³.

- 2) Argumente wie die beispielhaft genannten sind methodologischer Art, sie beziehen ihr Gewicht aus dem Hinweis auf eine bestimmte Verfahrensweise bzw. aus dem Vergleich des erforderlichen Vorgehens bei der Rechtsfindung mit derjenigen Methode, die zu beachten wäre, wenn die als Alternative vorgeschlagene Regelungsweise gewählt würde. Die Berechtigung solcher Argumente kann nur dann wirksam nachgeprüft werden, wenn über das zu beachtende Verfahren im wesentlichen Klarheit besteht. Hinsichtlich der methodischen Vorgänge bei der Konkretisierung von Generalklauseln fehlt es aber an einer Darstellung, die die zahlreichen Hinweise und Erörterungen zu einzelnen Fragen zu einem einheitlichen Modell verarbeitet und es zugleich ermöglicht, die zu Detailfragen vertretenen Thesen an diesem zu messen.

¹ So Larenz, Entwicklungstendenzen, JZ 1962, 105.

² Kübler, JZ 1969, 650.

³ Diese Frage kann hier nicht erörtert werden, denn sie würde den Rahmen der Erörterung sprengen.

- 3) Den möglicherweise vielfältigen Gründen für diesen Mangel braucht hier nicht im einzelnen nachgespürt zu werden, als ein wesentlicher Grund muß aber angesehen werden, daß es bisher an einer Kennzeichnung der Generalklausel fehlt, die den unter diesem Stichwort sinnvoll zusammenfaßbaren Problembereich absteckt und damit überhaupt die Feststellung erlaubt, ob gegensätzliche Äußerungen sich auf den gleichen Gegenstand beziehen¹. Damit scheint sich zu bewahrheiten, was Hedemann vor mehr als 40 Jahren schon resigniert bemerkte, daß nämlich die Generalklausel "nach keiner Seite hin abgrenzbar sei"². Die viel beklagte Unsicherheit des methodischen Vorgehens und des aufgrund einer Generalklausel zu findenden Ergebnisses scheint ihre Entsprechung in der Verschwommenheit der Bezeichnung selbst zu finden.

Jede Beschäftigung mit Generalklauseln muß daher zu allererst darauf abzielen, über diese Bezeichnung selbst und den von ihr zu erfassenden Gegenstandsbereich Klarheit zu schaffen.

¹Die Schrift von Wurche (Generalklausel und Kasuistik in der neueren deutschen Gesetzgebung) zeigt, daß es sogar vorkommt, daß einer monographischen Bearbeitung kein einheitlicher Begriff der Generalklausel zugrunde gelegt wird. Die verschiedenen von ihm als Generalklauseln behandelten Erscheinungen haben daher auch nicht mehr gemeinsam, als daß sie alle relativ unbestimmt sind. Allerdings dürfte es sich bei Wurches Ausgangsthese, daß eine Definition entbehrlich sei, weil er nicht den Begriff der Generalklausel, sondern ihre gesetzestechnische Verwendung erörtern wolle, um eine besonders krasse Fehlvorstellung handeln.

²Hedemann, S. 53; auch Class (Festschrift für Eberhard Schmidt, S. 123) betont, daß eine Begriffsbestimmung nicht möglich sei, gibt aber im weiteren Verlauf eine Beschreibung der typischen Merkmale der Generalklausel.

1. Kapitel: Begriffsabgrenzungen

1. Abschnitt: Die Generalklausel

Ausgangspunkt bei dem Bemühen, die Generalklausel gegenüber anderen rechtlichen Gestaltungsmitteln abzugrenzen, muß der allgemeine Sprachgebrauch sein, wenn auch von vornherein zu erwarten ist, daß aufgrund des allgemeinen Sprachgebrauchs allein eine genügend präzise Bestimmung des Terminus Generalklausel nicht gelingen wird, weil der allgemeine Sprachgebrauch regelmäßig mehrdeutig ist. Vielmehr muß auf dieser Basis dann entscheidend darauf abgestellt werden, welchen Bereich der Rechtsfindung die Generalklausel kennzeichnen soll, mit anderen Worten welche juristische Aufgabe der Begriff der Generalklausel erfüllen soll¹. Das Ausgehen vom allgemeinen Sprachgebrauch stellt aber sicher, daß die juristische Begriffsbildung sich nicht völlig vom jeweils regelmäßig mit der in Frage stehenden Bezeichnung verbundenen Vorstellungsgehalt löst oder mit ihm gar ohne Notwendigkeit in Widerspruch gerät.

Die Generalklausel läßt sich umschreiben als allgemeine Maxime, die für einen gewissen Problembereich einen Hinweis auf das anzustrebende Ziel gibt. Sie bezeichnet eine umfassende Bestimmung, die für verschiedenste Gelegenheiten und Sachverhalte als Richtschnur verwendbar ist, ohne eine präzise, unmittelbar den jeweils in Frage stehenden Vorgang treffende Anweisung bereit zu halten². Dazu bedarf es vielmehr noch ihrer Präzisierung und Umsetzung in eine auf das jeweilige Problem und die Gestalt des fraglichen Vorgangs zugeschnittene Lösungsformel³. Zusammengefaßt kann man die

¹Die eingeschlagene "Methode der Begriffsbildung" stützt sich auf die von Canaris (Lücken, S. 15 ff) unter dieser Überschrift niedergelegten Überlegungen.

²Vgl. von Hippel (S.29), der die hier als Generalklauseln angesehenen Vorschriften als Richtlinien bezeichnet, deren spezielles Merkmal darin liegt, daß sie auf die Wirklichkeit aus sich selbst heraus nicht anwendbar sind.

³Baur, Einführung, S. 17. Säcker (Konkretisierung, ARSP 1972 (58), 229) spricht von operationaler Definition der in Generalklauseln enthaltenen vagen Ausdrücke.

Generalklausel als eine allgemeine Regelung bezeichnen, die der inhaltlichen Präzisierung bedarf.

Im Zusammenhang mit rechtlichen Vorschriften wird man danach dann von Generalklauseln sprechen können, wenn es sich um unmittelbar geltende, aber inhaltlich präzisierungsbedürftige rechtliche Anordnungen¹ handelt. Daß diese Kennzeichnung nur vorläufigen Charakter hat, zeigt sich schon daran, daß das Merkmal der Präzisierungsbedürftigkeit in gewisser Weise auf nahezu alle unmittelbar geltenden rechtlichen Bestimmungen zutrifft und daher in einer ganz spezifischen Weise verstanden werden muß, wenn es für Generalklauseln prägend sein soll. Diese Eingrenzung auf eine ganz bestimmte Verständnismöglichkeit läßt sich aber durch nähere Bestimmung des allgemeinen Sprachgebrauchs nicht erreichen. Es ist vielmehr notwendig, den Begriff der Generalklausel mit einem bestimmten Bereich der Rechtsfindung zu verknüpfen und in diesem Rahmen dann die Bedeutung seiner Merkmale genauer festzulegen.

Dazu muß man sich überlegen, in welchem Zusammenhang rechtliche Anordnungen mit den vorläufig gekennzeichneten Attributen eine besondere Rolle spielen, insbesondere also, wo unmittelbar geltenden, aber inhaltlich unbestimmten Vorschriften eine gesteigerte Bedeutung zukommt. Das trifft in demjenigen Bereich zu, der den Übergang von der Rechtsfindung secundum legem im engeren Sinne zum Lückenbereich markiert, denn trotz des Vorhandenseins rechtlicher Anordnungen läßt sich in diesem Zwischenbereich doch nicht übersehen, daß die Nähe zum Gebiet der Rechtsfindung praeter le-

¹ Dabei meint die Generalklausel die Anordnung als Ganzes im Gegensatz zu den Begriffen i.w.S., die die Präzisierungsbedürftigkeit ausmachen. Ähnlich Peters, S. 741; Rüthers, Unbegrenzte Auslegung, S. 212; Werner, Generalklauseln, S. 197. In der im wesentlichen formalen Natur dieser Abgrenzung liegt auch der Grund, daß in methodischer Hinsicht für eben diese Elemente das gleiche gilt, was für die durch sie gekennzeichnete Generalklausel richtig ist. Insoweit ist daher Nastelski (GRUR 1968, 546), Hartz (Steuer und Wirtschaft 1968, Sp. 247) und Rösger (DÖV 1966, 528) zuzustimmen, wenn sie methodische Unterschiede in der Behandlung von Generalklausel und unbestimmtem Rechtsbegriff verneinen.

gem durch gesteigerte inhaltliche Unbestimmtheit der Vorschriften signalisiert wird. Der Begriff der Generalklausel bringt das gut zum Ausdruck¹.

Damit eröffnet sich nun auch die Möglichkeit, die Generalklausel im Rahmen des ihr zugewiesenen Aufgabengebietes näher zu bestimmen und abzugrenzen. Erforderlich ist das in mehreren Richtungen: Zuerst muß ermittelt werden, wie Generalklauseln sich anhand des Merkmals der inhaltlichen Präzisierungsbedürftigkeit von solchen rechtlichen Bestimmungen unterscheiden lassen, bei deren Verwendung zur Lösung von Fällen von Rechtsfindung secundum legem im engeren Sinne gesprochen werden kann. Danach gilt es zu verdeutlichen, wodurch Generalklauseln sich von solchen Vorschriften abheben, die zwar wie sie selbst näherer Bestimmung bedürfen, aber im Gegensatz zu ihnen nicht unmittelbar gelten. Schließlich muß drittens der Verlauf der Grenzlinie zwischen Generalklauseln und den nicht auf einer vorhandenen rechtlichen Anordnung beruhenden Regelungen genauer untersucht werden.

I. Die inhaltliche Präzisierungsbedürftigkeit

Die Abgrenzung gegenüber der Rechtsfindung secundum legem im engeren Sinne

Um genauer bestimmen zu können, wie Generalklauseln sich durch das Merkmal der inhaltlichen Präzisierungsbedürftigkeit von anderen unmittelbar geltenden Gesetzesvorschriften unterscheiden, ist es ratsam, sich zunächst klar zu machen, wann bei rechtlichen Anordnungen, und generell bei Regelungen jedweder Art überhaupt, davon gesprochen werden kann, daß sie präzisierungsbedürftig sind. Jede Regelung

¹ Die Charakterisierungen der Generalklausel als "ein Stück offengelassener Gesetzgebung" (Hedemann, S.58) bzw. als "der unmittelbaren Anwendung nicht fähige Richtlinienvorschrift" (Säcker, Konkretisierung, ARSP 1972 (58), 230 im Anschluß an Wieacker, Gesetz und Richterkunst, S.10ff) dürften ebenfalls auf diesen Aspekt abzielen.

ist darauf angelegt, auf Lebensvorgänge angewendet zu werden. Die Entscheidung der Anwendbarkeitsfrage hängt aber vom Sinn der Regelung ab. Ist er unklar, so ist die Regelung als solche unbestimmt. Bei Gesetzesbestimmungen ist das in mehr oder weniger starkem Maß der Fall, wenn ihre ratio, ihre Wertung nicht völlig eindeutig ist. Es liegt daher nahe, immer dann auch von Präziserungsbedürftigkeit des Gesetzes zu sprechen, wenn sich aus diesem selbst nicht zweifelsfrei für alle denkbaren Fälle ergibt, ob es anwendbar ist oder nicht.

Gegen diese Auffassung läßt sich auch nicht einwenden, daß sie sachlich unzutreffend sei, lediglich für die Abgrenzung der Generalklausel vom Begriff der Rechtsfindung secundum legem im engeren Sinne erscheint dieses Verständnis des Merkmals der Präziserungsbedürftigkeit außerordentlich unzweckmäßig¹. Wie oben bereits angedeutet, würde diese Abgrenzung nämlich zur Folge haben, daß - wenn man die Möglichkeit völliger Bestimmtheit gesetzlicher Regelungen überhaupt anerkennt² - Rechtsfindung secundum legem im engeren Sinne als seltene Ausnahme anzusehen wäre³, während man bei der weit überwiegenden Zahl von Rechtsvorschriften von Generalklauseln sprechen müßte, obwohl doch traditionell die Rechtsfindung secundum legem im engeren Sinne im kontinentalen Recht den Regelfall und die Generalklausel, wie immer man ihre Merkmale im einzelnen auffaßt, die wenn auch immer häufiger anzutreffende Ausnahme bildet. Solche Überlegungen müssen zwar gegenüber zwingenden sachlichen Gründen für eine derartige Einteilung der unmittelbare Geltung beanspruchenden gesetzlichen Regelungen zurücktreten, solche Gründe lassen sich aber nicht finden.

¹Dazu, daß das auch schon für die Abgrenzung von Begriff und Typus in gleicher Weise gilt, vgl. Leenen, S.32.

²Bei der Verwendung von Zahlen wird man das nicht bestreiten können. Vgl. aber die prinzipiell ablehnende Stellungnahme bei Kaufmann-Hassemer, Grundprobleme, S. 71; von Olshausen, JuS 1973, 218 und Scheyhing, S. 4.

³Vgl. Leenen, S. 31.

Untersucht man nämlich die Unterschiede in der Bestimmtheit dieser Art von Vorschriften genauer, so zeigt sich, daß sich der Gesamtbestand der nicht eindeutigen Bestimmungen danach unterteilen läßt, ob sie überhaupt bereits eine rechtliche Wertung enthalten oder ob es daran völlig fehlt und diese Wertung erst gefunden werden muß. Dieser Unterschied rechtfertigt es, nur bei den letzteren, den unmittelbar geltenden, aber wertausfüllungsbedürftigen rechtlichen Bestimmungen, von Generalklauseln zu sprechen¹, weil sie in der ge-

¹Wertausfüllungsbedürftigkeit wird hier in dem umfassenden Sinne verstanden, "daß das normative Volumen von Fall zu Fall durch Wertungen, durch Beurteilungen ausgefüllt werden muß" (Engisch, Einführung, S.111). In diesem Sinne werden sowohl Vorschriften, die auf ein Werturteil, als auch solche, die auf ein Erfahrungsurteil oder eine quantitative Abschätzung abstellen, erfaßt. Ihre Rechtfertigung findet die Gleichstellung darin, daß es für die hier maßgebliche inhaltliche Bestimmtheit gleichgültig ist, ob es auf ein Werturteil oder eine kognitive Beurteilung ankommt. Larenz (ML, S. 273) betont die Ähnlichkeit der Behandlung der beiden Erscheinungen, hebt aber auch die Unterschiede hervor. Lenckner (JuS 1968,250) verneint die Wertausfüllungsbedürftigkeit beim Abstellen auf kognitive Beurteilungen, betont aber den Generalklauselcharakter solcher Vorschriften, während Engisch (Einführung, S.121) im Fall der Verweisung auf Erfahrungsurteile eine Generalklausel aus (nur) deskriptiven Begriffen sieht, weil er zu diesen auch Merkmale rechnet, die auf kognitive Beurteilungen abstellen oder eine quantitative Abschätzung erfordern (Normative Tatbestandselemente, Festschrift für Mezger, S.144). Dagegen beschränkt Rüthers (Unbegrenzte Auslegung, S.213) Generalklauseln auf die Verweisung auf Wertmaßstäbe oder sonstige wertausfüllungsbedürftige Begriffe. Wesentlich dürfte allein sein, daß die Generalklausel über die Rechtsordnung hinausweist, daß der Maßstab für die geforderte Beurteilung sich nicht aus der Rechtsordnung selbst ergibt (so auch Class, Festschrift für Eberhard Schmidt, S.123f). Mißverständlich H.J. Wolff (VerwR I, S.188), der erklärt, daß Generalklauseln meist in unbestimmten Gesetzesbegriffen ausgedrückt seien, denn ein Beurteilungsmoment in dem erörterten Sinn muß vorhanden sein. Andererseits ist nicht erforderlich, daß Tatbestand oder Rechtsfolge nur aus solchen Elementen bestehen (so aber Rüthers, a.a.O., S.211f). Vgl. aber auch die jüngste Festlegung von Garstka (Generalklauseln, JML, S.114f), daß Generalklauseln im Verhältnis zu ihrem normativen Kontext sehr allgemeine und/oder sehr unbestimmte Begriffe enthalten, auf sehr allgemeine Tatbestände Bezug nehmen oder sehr abstrakt sind, sowie die von Clemens (S.59, 67), wonach Generalklauseln äußerst unbestimmte Rechtsbegriffe bzw. besonders vage und wertungsabhängig sein sollen.

kennzeichneten besonderen Weise der inhaltlichen Präzisierung bedürfen¹. Andererseits gibt es gute Gründe dafür, Rechtsfindung secundum legem im engeren Sinne immer dann anzunehmen, wenn die Vorschrift selbst eine Wertung enthält, sei es daß sie dadurch ausnahmsweise völlig bestimmt ist oder sei es, daß sie noch präzisierungsbedürftig bleibt². Einerseits stellen nämlich die Fälle der exakten Bestimmtheit aller denkbaren Anwendungsmöglichkeiten eine rein quantitativ verschwindend geringe Zahl dar³, und andererseits lassen sie sich in der Sache zwangslos als Grenzfälle der Rechtsfindung secundum legem im engeren Sinne verstehen, denn bei ihnen liegt jedenfalls wie in allen anderen Fällen dieser Gruppe auch eine rechtliche Wertung vor; die Besonderheit besteht allein darin, daß bei ihnen das Ideal der exakten Bestimmtheit der Regelung ausnahmsweise einmal erreicht wird.

Damit zeigt sich, daß dem Kriterium der inhaltlichen Präzisierungsbedürftigkeit der Generalklausel nicht jeder Grad der Unbestimmtheit einer rechtlichen Regelung genügt, sondern daß es für ihre Abgrenzung zur Rechtsfindung secundum legem im engeren Sinne auf Präzisierungsbedürftigkeit im Sinne von Wertausfüllungsbedürftigkeit ankommt⁴.

Es bleibt zu untersuchen, ob sich die Frage der Wertausfüllungsbedürftigkeit allein und abschließend mit Blick auf

¹ Nach Auffassung von Esser (Vorverständnis, S.60,62) handelt es sich allerdings dabei nur darum, daß hier offen zutage trete, daß der Richter immer die Normprofilierung selbst vorzunehmen habe, so daß der Unterschied sich von einem qualitativen auf einen quantitativen reduziert. Ähnlich Zippelius, ML, S. 56.

² Die Unterscheidung Schweizers (S.33) zwischen allgemeinen, unbestimmten einerseits und speziellen, bestimmten Vorschriften andererseits steht dazu nur scheinbar in Widerspruch, denn an anderer Stelle (S.45) stellt er klar, daß eine Lücke intra legem (dazu unten in diesem Abschnitt III B) erst dann anzunehmen ist, wenn mit Ermittlung der ratio legis, d.h. mit Auslegung, nicht auszukommen ist.

³ Vgl. Leenen, S. 31.

⁴ Die unmittelbare Normqualität wird dadurch nicht beeinträchtigt. So auch Göldner (S. 39) und Heller (S. 92), a.A. aber wohl Reinhardt (S.26).

die möglicherweise als Generalklausel zu qualifizierende Bestimmung beantworten läßt oder ob für diese Entscheidung die Existenz anderer rechtlicher Bestimmungen und deren Sachgehalt Bedeutung erlangen können. Zu denken ist dabei an solche Vorschriften, die der als solcher wertausfüllungsbedürftigen Bestimmung vom Gesetzgeber zur Erläuterung beigegeben werden oder, ohne daß diese Absicht des Gesetzgebers äußerlich erkennbar ist, jedenfalls diese Wirkung haben. Hinsichtlich der Bedeutung für die Wertausfüllungsbedürftigkeit ist zu differenzieren. Normen, die die "Generalklausel" in exemplifizierender Weise für einen oder mehrere vielleicht besonders markante Ausschnitte aus deren Regelungsbereich konkretisieren, wobei die Beispielsfunktion häufig durch Zusätze wie "insbesondere" oder "vor allem" zum Ausdruck gebracht wird, lassen die geforderte Präzisierungsbedürftigkeit unberührt. Das gleiche gilt erst recht für solche Bestimmungen, die die gleiche Wirkung entfalten, ohne daß die Beispielsfunktion äußerlich hervortritt, insbesondere für solche Vorschriften, die die entsprechende Rechtsfrage für einen speziellen Bereich ohne Zusammenhang mit der Generalklausel im Gesetz regeln. Entscheidend ist, daß die Wertausfüllungsbedürftigkeit der "Generalklausel" nicht völlig entfällt; von gesetzlichen Konkretisierungen ist diese Wirkung grundsätzlich nicht anzunehmen.

Ganz anders ist dies dagegen bei Vorliegen einer gesetzlichen Definition, die Inhalt und Umfang des die Wertausfüllungsbedürftigkeit bedingenden Rechtsbegriffs festlegt. Hier liegt in Wahrheit eine wertungsmäßig bestimmte Regelung vor, die Ausgliederung der Definition stellt nur einen gesetzestechischen Kunstgriff zur sprachlichen Abkürzung und Komprimierung der Regelung selbst dar.

Mit dem Abstellen auf die Wertausfüllungsbedürftigkeit als einem Merkmal der Generalklausel ist zugleich gegen das von

Engisch vertretene und verschiedentlich übernommene¹ Begriffsverständnis der Generalklausel Stellung bezogen, wonach die eigentliche Bedeutung der Generalklausel auf dem Gebiet der Gesetzgebungstechnik liegt und sie unter besonderer Betonung ihrer Allgemeinheit ausschließlich als Gegenbegriff zu kasuistischer Tatbestandsbildung fungiert². Das gibt Veranlassung, anhand der praktischen Folgen etwas näher zu untersuchen, ob die hier vorgenommene Begriffsbildung wirklich den Vorzug verdient. Nach dem hier zugrunde gelegten Begriffsverständnis ist die relative Allgemeinheit der in jeder Generalklausel liegenden Regelung nur eine wegen ihrer Struktur notwendig mit der Generalklausel verbundene Folge. Der Grund dafür liegt darin, daß eine wertausfüllungsbedürftige Norm mangels eigener Wertung mindestens die Rechtsfrage angeben muß, deren Regelung sie intendiert. In Verbindung mit ihrem noch näher zu erörternden unmittelbaren Geltungswillen stellt sich die Generalklausel daher immer als eine die Tendenz zu umfassender Regelung der angesprochenen Rechtsfrage aufweisende Bestimmung dar. Dadurch, daß Engisch dieses nach dem hier vertretenen Verständnis notwendige Attribut jeder Generalklausel zum alleinigen Begriffsmerkmal macht, bezieht er unausweichlich auch solche Rechtsvorschriften in den Begriff mit ein, bei denen die Allgemeinheit der Regelung nicht die Konsequenz ihrer wertungsmäßigen Offenheit ist, denn umfassende Regelungen einer Rechtsfrage können nicht nur auf diese Weise geschaffen werden³. Die Folge dieses Vorgehens ist, daß Generalklauseln einerseits vom methodischen Standpunkt aus

¹ z.B. Werner, Generalklauseln, S.197; Lenckner, JuS 1968, 249 f; Haft, JuS 1975, 481.

² Einführung, S.122. Ebenso Dubischar (S.81), der aber der Auffassung ist, daß die umfassende Regelung zwangsläufig unbestimmte Rechtsbegriffe verwenden müsse.

³ A.A. offenbar Dubischar (S.81), vgl. vorige Fußnote.

keine eigentümliche Struktur haben¹ und sich andererseits von anderen, nicht als Generalklausel zu qualifizierenden Vorschriften nur graduell, aber nicht qualitativ unterscheiden². Angesichts dieser Konsequenzen erscheint es gerechtfertigt, dem hier gebildeten Begriff der Generalklausel den Vorzug zu geben.

Die nähere Herausarbeitung des für die Generalklausel charakteristischen Merkmals der Wertausfüllungsbedürftigkeit erlaubt jetzt auch die Lösung speziellerer Abgrenzungsfragen zwischen der Generalklausel und dem Bereich der Rechtsfindung secundum legem im engeren Sinne. Es geht dabei zunächst um die Frage, ob Generalklauseln denkbar sind, die aus Begriffen i.e.S. gebildet sind, ferner um das Problem der Abgrenzung zu typologisch gefaßten Tatbeständen und schließlich darum, ob die Begriffe "Blankettnorm" und Generalklausel zu Recht bisweilen synonym gebraucht werden.

A. Begrifflich i.e.S.³ gefaßter Tatbestand und Generalklausel

Die geringsten Schwierigkeiten bereitet nach den vorstehenden Überlegungen die Abgrenzung zwischen begrifflich i.e.S. gefaßten Tatbeständen und Generalklauseln. Denn es wird

¹Engisch stellt sie aber in dieser Hinsicht wieder den normativen Begriffen gleich (Einführung, S.122). Anders Jesch (AöR 1957 (82), 178, 225 f), der unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln jede strukturelle Besonderheit abspricht und ihr Kennzeichen in ihrem ungewöhnlich großen und diffusen Begriffshof sieht.

²Ebenso Class, Festschrift für Eberhard Schmidt, S.123.

³Die Abgrenzung folgt der auf dem Boden der klassischen Typustheorie stehenden Darstellung Leenens (S.33), der die Begriffe im logischen Sinne den Rechtsbegriffen i.w.S. gegenüberstellt und bei diesen wiederum Rechtsbegriffe i.e.S. und Typen unterscheidet. Anders Hassemer (S.85), der alle Gesetzesbegriffe - Ausnahmen gelten für Verweisungen innerhalb des Systems (S.116) - als Typen behandelt und sie dem Begriff im logischen Sinne gegenüberstellt.

kaum zu bestreiten sein, daß ein Tatbestand, der die tatsächlichen Merkmale, von deren Verwirklichung der Eintritt der von ihm vorgesehenen Rechtsfolge abhängen soll, in mehr oder weniger genereller Form beschreibt, eine rechtliche Wertung enthält und daher nach der hier vertretenen Ansicht unabhängig von seinem Umfang und seiner Allgemeinheit nicht als Generalklausel angesehen werden kann¹.

B. Typologische Bestimmung² und Generalklausel

Auszuscheiden sind in diesem Zusammenhang auch solche Bestimmungen, die zur Kennzeichnung der von ihnen zu erfassenden Fälle Typenbezeichnungen verwenden. Sie knüpfen regelmäßig an empirische Typen³ an, formen diese zu "normativen Realtypen"⁴ um und legen auf diese Weise die rechtliche Behandlung des typischen Falles fest⁵. An dieser groben Skizzierung ihrer Bildung wird schon offenbar, daß sie eine rechtliche Wertung enthalten⁶. Die Zuordnung eines jeden Lebensvorgangs zum Typus ist Aufdeckung eben dieser Wertung und Erkennen des gleichen Sinnes im Sachverhalt des Lebens-

¹ Daß Engisch (Einführung, S.121) von der Möglichkeit rein deskriptiver Generalklauseln ausgeht, hat seinen Grund darin, daß er zu den deskriptiven Begriffen auch solche zählt, die "Elemente kognitiver Beurteilung" darstellen oder "eine quantitative Abschätzung erfordern" (Normative Tatbestandselemente, Festschrift für Mezger, S.143). Das zeigt auch das Beispiel des allgemeinen Lebensgefährdungstatbestandes (Einführung, a.a.O.).

² Zur Abgrenzung vgl. Fn. 3, S. 12.

³ Zu ihnen und zu ihrer Abgrenzung gegenüber normativen Typen vgl. Leenen, S.84. Röhl (Rechtstatsachenforschung, S. 57) ist aber darin zuzustimmen, daß auch die Beschreibung von Wertgesichtspunkten geleitet ist.

⁴ Zu diesem Begriff Larenz, ML, S.448, Grundformen, Festschrift für Walter Wilburg, S.219.

⁵ Zum Vorgang der Typenbildung durch die Gesetzgebung näher Leenen, S.84-87.

⁶ Vgl. Leenen, S.87.

vorgangs; entscheidend ist, daß sich dartun läßt, daß der Fall wertungsmäßig die gleiche Behandlung verdient, wie sie für den typischen Fall als angemessen und richtig vorausgesetzt werden kann¹. Von Wertausfüllungsbedürftigkeit, wie sie hier als Kennzeichen der Generalklausel verstanden wird, ist bei dieser Lage keine Rede, typologisch gefaßte Bestimmungen sind keine Generalklauseln².

So zweifelsfrei diese Feststellungen im Grundsätzlichen gelten, so notwendig ist doch der Hinweis darauf, daß in der Praxis die Übergänge zwischen typologisch gefaßten Vorschriften und Generalklauseln und damit zwischen diesen und dem Bereich der Rechtsfindung secundum legem im engeren Sinne nicht exakt markiert, sondern fließend sind. Die praktischen Unterschiede, insbesondere auch im Hinblick auf die Sicherheit der Rechtsfindung, zwischen Bestimmungen, bei denen der verwendete Typus nur wenig anschaulich und die Gewißheit bezüglich des für ihn konstitutiven Gesichtspunktes entsprechend gering ist, und solchen Generalklauseln, die auf die Regelung einer relativ eng umgrenzten Rechtsfrage abzielen und der wertungsmäßigen Ausfüllung keine Schwierigkeiten bieten, sind in einzelnen Fällen gering und dürften sich bisweilen verwischen. Entscheidend ist, daß trotz dieser praktischen Einschränkungen an der prinzipiellen Abgrenzung der beiden Bereiche festzuhalten ist, sie machen lediglich deutlich, daß es sich in einem weiteren Sinne in beiden Fällen um Rechtsfindung secundum legem handelt³.

¹ Zum Vorgang der Zuordnung vgl. Leenen, S.39, 43f, zur Ausrichtung an Wertgesichtspunkten S.90, 92.

² A.A. Strache (S.68ff, 78), der die Wert- und Würdigungsbegriffe, von denen die Standards, die Normalverhalten zum Inhalt haben, eine Untergruppe darstellen, mit den Typenbezeichnungen gleichsetzt. Dagegen Leenen (S.73) und Esser (AöR 1971 (96), 140ff), der sich allerdings grundsätzlich gegen den Typus als Denkform des Allgemeinen wendet. - A.A. als der Text auch H.J. Wolff (Typen im Recht, Studium generale 1952, 201), nach dessen Ansicht "in den Generalklauseln der Typus zum Gesetz wird".

³ Larenz, Kennzeichen, S.2; Canaris, Lücken, S.27. Vgl. dazu auch Leenen (S.60), der von einer Reihenordnung rechtlicher Denkformen mit abgestuften Übergängen spricht.

C. Blankettvorschrift und Generalklausel

Wie bereits ausgeführt, genügt zwar nicht jeder Grad von Unbestimmtheit einer rechtlichen Regelung, um von einer Generalklausel sprechen zu können, weil es dann mehr Generalklauseln als andere Vorschriften gäbe; bei Bestimmungen wie § 134 BGB oder § 24 Abs. 1 StVG, die herkömmlicherweise als Blankettnormen bezeichnet werden, stellt sich jedoch mit besonderem Nachdruck die Frage, ob sie eine gesetzliche Wertung enthalten, die es erlaubt zu sagen, daß die auf sie gestützte Rechtsfindung secundum legem im engeren Sinne erfolge, oder ob sie mit der hier verwendeten Terminologie auch als Generalklausel zu bezeichnen sind. Vor einer Antwort auf diese Frage muß man erst etwas näher klären, welche Eigenheiten für Blankettnormen kennzeichnend sind. Der Hinweis darauf, daß sie auf eine "Ergänzung im gleichen Gesetz oder in anderen - auch künftigen - Gesetzen oder Rechtsverordnungen, die nicht notwendig von derselben rechtssetzenden Instanz erlassen sein müssen, verweisen"¹, dürfte noch viel zu generell sein, weil beim Abstellen auf dieses Merkmal zahlreiche kaum als Blankettnormen zu bezeichnende Vorschriften wie zum Beispiel Verordnungsermächtigungen mit umfaßt würden. Die sie prägende Besonderheit liegt vielmehr darin, daß sie auf eine generell gekennzeichnete Gruppe von anderen Rechtsvorschriften mit möglicherweise wechselndem Bestand verweisen und für ihre eigene Anwendbarkeit darauf abstellen, daß der Tatbestand einer dieser Vorschriften oder Teile davon erfüllt sind². Die Wertung

¹ RGSt 46, 393 (395); Wurche, S. 35.

² Anders Ohlmer (S. 43), der das Blankettgesetz als "Sammelbezeichnung für alle Normen, die Wertausfüllungsbegriffe verwenden", benutzt. Sieht man davon ab, daß auch ausdrückliche Verweisungen auf das Ermessen des Richters einbezogen sein sollen, so handelt es sich um ein Synonym zur Generalklausel im Sinne des Textes. Ähnliches gilt für die Kennzeichnung Hecks (S. 103), wonach Blankette Lücken i.w.S. mit Ausnahme der ungewollten, d.h. Delegationsfälle und der Behandlung von Wissenschaft und Rechtssprechung überlassene Gebiete, sind.

ergibt sich also nur mittelbar aus der Blankettnorm selbst. Dennoch ist es sachlich angemessen, bei ihnen nicht von Generalklauseln zu sprechen, sondern sie von ihnen zu trennen und die Verweisung nur als eine besondere Technik der Tatbestandsbildung anzusehen, die nichts daran ändert, daß es sich bei ihrer Anwendung um Rechtsfindung secundum legem im engeren Sinne handelt. Denn wenn auch sowohl Blankettnormen als auch Generalklauseln Verweisungscharakter haben, so ergibt sich doch als entscheidender Unterschied, daß die ersteren wertungsmäßig aus dem Gesetz selbst bestimmbar sind, während die wertungsmäßige Ausfüllung von Generalklauseln zwar teilweise an gesetzliche Wertungen anknüpft, in diesen selbst nach der hier gebrauchten Terminologie gesetzliche Wertungen aber gerade fehlen.

II. Die unmittelbare Geltung

Die Abgrenzung gegenüber den für ihre materielle Wirksamkeit ein weiteres Tätigwerden einer Regelungsinstanz erfordernden rechtlichen Anordnungen

Auch vor der exakteren Abgrenzung der Generalklausel gegenüber anderen rechtlichen Anordnungen anhand des Merkmals der Geltungsunmittelbarkeit gilt es, eben dieses Merkmal deutlicher zu fassen und seine Bedeutung näher zu umschreiben. Rechtliche Anordnungen werden getroffen, um die rechtliche Regelung von Lebensvorgängen zu ermöglichen. Dabei besteht die Wahlmöglichkeit zwischen der Alternative, daß die Anordnung sich an eine weitere Instanz wendet, dieser einen gewissen Handlungsrahmen absteckt und ihr sowohl aufgibt als auch überläßt, die eigentliche, direkt den Lebensvorgang regelnde Bestimmung erst zu schaffen und der Modalität, daß die Anordnung selbst mit der Intention und dem Anspruch auftritt, die mit der fraglichen Regelung verfolgten Ziele und Zwecke abschließend selbst festzulegen und für die Anwendbar-

keit auf den einzelnen Lebensvorgang der Einschaltung einer zusätzlichen, diese Anordnung umsetzenden Zwischeninstanz nicht zu bedürfen¹.

Am klarsten zeigt sich der Unterschied bei der Gegenüberstellung von Beispielen. Offen zu Tage liegt die fehlende Geltungsunmittelbarkeit bei Vorschriften wie § 6 StVG, die nur eine Verordnungsermächtigung zur näheren Normierung einzeln aufgeführter Regelungsgegenstände enthalten. Die eigentliche Regelung, die eine konkrete sachliche Anweisung für Sachverhalte der bezeichneten Art gibt, nach der sich die an dem einzelnen Lebensvorgang Beteiligten richten können und müssen, trifft erst die weitere Anordnung des regelmäßig sachnäheren Ordnungsgebers. Ähnliches gilt für diejenigen Bestimmungen, die juristischen Personen des öffentlichen Rechts Satzungsautonomie gewähren, im Verhältnis zu den Satzungen, die aufgrund dieser Autonomie schließlich erlassen werden; auch hier treffen erst die letzteren die unmittelbare Regelung der der Autonomie vorbehaltenen Gegenstände.

Für jedermann erkennbar völlig anders ist die Situation hinsichtlich der Geltungsunmittelbarkeit bei denjenigen gesetzlichen Vorschriften, die ausnahmsweise völlig bestimmt sind. Bei ihnen bleibt überhaupt kein Raum für eine wie auch immer gestaltete Präzisierung durch Umsetzung in eine erst die eigentliche sachliche Regelung enthaltende gesetzliche Anweisung. Vorschriften wie § 2 BGB, nach dem die Volljährigkeit mit der Vollendung des 18. Lebensjahres eintritt, sind einer näheren Ausgestaltung durch eine weitere Instanz gar nicht zugänglich, sie gelten notwendig unmittelbar. An diesem Beispiel zeigt sich, daß einerseits solche Bestimmungen, die eine gesetzliche Wertung enthalten, unmittelbar gelten, andererseits aber solche gesetzlichen Anordnungen, die der

¹ Zum Merkmal der "unmittelbaren Geltung" vgl. Göldner (S. 32), dessen Ausführungen sich allerdings auf materiale Verfassungsprinzipien beziehen.

näheren Präzisierung bedürfen, vielfach noch keine direkte Wirkung auf zu regelnde Lebensvorgänge entfalten, sondern sich wegen dieser inhaltlichen Präzisierung zunächst an eine weitere Regelungsinstanz richten.

Diese Regel gilt jedoch nicht für Generalklauseln. Ihre Besonderheit ist vielmehr gerade darin zu sehen, daß sie zwar keine Wertung enthalten, aber dennoch mit dem Anspruch unmittelbarer Geltung auftreten - sei es, weil sie sich explizit an die an den zu regelnden Lebensvorgängen Beteiligten und nicht an eine andere Normsetzungsinstanz wenden, sei es, weil ihre Intention zur unvermittelten Regelung von Sachverhalten sich in anderer Weise aus ihrer Gestaltung, insbesondere aus ihrer scheinbar auf Subsumtion angelegten Form, ergibt.

Das wirft sogleich die Frage auf, ob darin nicht ein von vornherein unübersteigbares Hindernis für ihre praktische Verwertung liegt, weil sie sich für ihre Adressaten als inhaltlich nicht greifbare Anordnungen darstellen, nach denen man sich nicht richten kann. Dieses Bedenken kann in der Tat nicht einfach übergangen werden, begründet wäre es aber nur in Fällen, in denen der Generalklausel keinerlei Anweisung für ihre wertungsmäßige Ausfüllung in einem Verfahren zu entnehmen ist, das prinzipiell jedem Adressaten selbst ohne Notwendigkeit der Einschaltung einer Zwischeninstanz offensteht. Das gänzliche Fehlen jeden Hinweises auf das Vorgehen bei der Wertausfüllung stellt aber, wie sich noch näher zeigen wird, eine rein theoretische Möglichkeit dar.

Von praktischer Bedeutung ist allerdings, daß sich aus der Forderung nach prinzipieller Verwendbarkeit der Generalklausel durch jeden potentiellen Adressaten¹ die Konse-

¹Zu eng ist die Formulierung Göldners (S.40), daß unmittelbare Geltung "nur die Zuständigkeit auch der Rechtsanwendungsinstanz zur methodengerechten Ausschöpfung" bedeute. Das dürfte nur eine Konsequenz der unmittelbaren Geltung sein.

quenz ergibt, daß alle jene Auffassungen abzulehnen sind, die die Generalklausel ganz generell¹ oder subsidiär² als pure Normbildungsermächtigung an die Gerichte verstehen wollen. Der Grund liegt darin, daß sonst auf diesem Wege der Unterschied zu nicht unmittelbar geltenden, durch eine weitere Normsetzungsinstanz erst in Regelungen mit unmittelbarem Rechtsbeeinflussungswillen umzusetzende Bestimmungen wieder verwischt werden würde, weil dann hier wie dort innerhalb des gegebenen Rahmens ausschließlich die Zweckvorstellungen eines weiteren staatlichen Organs maßgeblich wären.

Einer besonderen Abgrenzung bedarf die Generalklausel anhand des Kriteriums der unmittelbaren Geltung gegenüber dem Programmsatz einerseits und der Ermessensvorschrift andererseits.

A. Programmsatz und Generalklausel

Die Besonderheit des Programmsatzes besteht darin, daß er in der Form eines Rechtssatzes herausstellt, daß der Gesetzgeber eine Rechtsfrage oder ein ganzes Sachgebiet als regelungsbedürftig erkannt hat, die Regelung selbst aber noch nicht enthält, sondern sich auf ihre Ankündigung beschränkt. Ihm fehlt es daher an dem Willen zur unmittelbaren Rechtssetzung bzw. Rechtsbeeinflussung³, mit anderen Worten an der unmittelbaren Geltung⁴. Die Bedeutung solcher Vorschriften ist in unserer Rechtsordnung gering. Nach heu-

¹Ohlmer, S.19 ("Anweisung an die Gerichte, gerecht zu urteilen"); Rüthers, Unbegrenzte Auslegung, S.52ff, 268. Zu der von Rüthers (S.53) vor allem herangezogenen Entwicklung zu § 242 BGB vgl. unten den 4.Abschnitt des 3. Kapitels. Wie hier wohl auch Larenz, ML, S.411f.

²z.B. Teubner (S.61) für die Gute-Sitte-Klauseln.

³Hedemann, S.55; Peters, S.741.

⁴Göldner, S.32. In der Sache ebenso Herschel (DB 1973, 2299f), obwohl er von "in voller Wirkung stehenden und gleichwohl durch keinerlei äußeren Zwang geschützten Rechtssätzen" spricht.

tigem Verfassungsverständnis stellt selbst für das Gebiet der sich für die Proklamation von Programmen anbietenden Verfassung das mit unmittelbarer Geltungskraft versehene Verfassungsprinzip die Regel und der bloße Programmsatz die seltene Ausnahme dar. Als Beispiel für letzere kann auf den inzwischen vom Gesetzgeber eingelösten Art. 6 Abs. 5 GG verwiesen werden¹.

Im Bereich der einfachgesetzlichen Vorschriften muß der Programmsatz erst recht als Ausnahme angesehen werden, vor allem wenn man berücksichtigt, daß es für die bloße Ankündigung einer gesetzlichen Regelung durch ein Gesetz an jeglichem Bedürfnis fehlt, weil dem Gesetzgeber für eine solche Verlautbarung einfachere Wege zur Verfügung stehen und er seine Regelungsabsicht insbesondere dadurch dokumentieren kann, daß er das Gesetzgebungsverfahren einleitet. Sinnvoll ist die Aufnahme eines Programmsatzes in ein Gesetz nur dann, wenn sich damit über den bloßen Ankündigungseffekt hinaus eine weitere erwünschte Wirkung erzielen läßt. Als solche kommt zum Beispiel in Betracht, daß die Möglichkeit der analogen Anwendung einer vorhandenen Regelung eines anderen verwandten Sachgebiets ausgeschlossen werden soll, denn die Ankündigung einer Neuregelung wird regelmäßig konkludent als Verbot ihrer Vorwegnahme im Wege der Lückenausfüllung zu verstehen sein. Im Zweifelsfalle, d.h. wenn die in Frage stehende Bestimmung weder einen ausdrücklichen Vorbehalt zu Gunsten einer zukünftigen detaillierten Regelung enthält noch Anhaltspunkte vorhanden sind, die den Schluß auf das Fehlen ihres unmittelbaren Geltungswillens tragen, ist von der unmittelbaren Geltung der Vorschrift auszugehen. Da sich die Frage der unmittelbaren Geltung nur stellt, wenn die Bestimmung wertungsmäßig offen ist, muß daher im Zweifelsfall vom Vorliegen einer Generalklausel und nicht eines Programmsatzes ausgegangen werden, so daß die Frage der Abgrenzung zwischen Programmsatz und Generalklau-

¹ A.A. Wurche, S.39. Wie hier Göldner, S.32.

sel, wenn sie in der Praxis wirklich einmal auftaucht, relativ sicher entschieden werden kann.

B. Ermessensvorschrift und Generalklausel

Größere Schwierigkeiten ergeben sich dagegen in der Praxis mitunter bei der Entscheidung der Frage, ob es sich bei einer bestimmten Vorschrift um eine Ermessensbestimmung oder um eine Generalklausel handelt. Zwar ist auch hier wie bei der Abgrenzung von Programmsätzen und Generalklauseln das entscheidende Kriterium die Unmittelbarkeit der Geltung, die Ermessensvorschrift unterscheidet sich aber ihrerseits vom Programmsatz vor allem dadurch, daß das Fehlen ihrer eigenen Geltungsunmittelbarkeit gleichsam nicht das letzte, sondern nur das vorletzte Wort ist. Die sachliche Normierung wird nicht für eine unbestimmte Zukunft angekündigt, sondern nur einer anderen Stelle übertragen. Die Ermessensvorschrift steckt nicht nur einen Rahmen für die sachliche Regelung ab, sondern beauftragt und ermächtigt eine weitere Regelungsinstanz, die fehlende unmittelbar geltende Regelung zu schaffen. Die weitere Besonderheit von Ermessensvorschriften besteht darin, daß sie nicht zum Erlaß genereller Normen ermächtigen, sondern nur die Möglichkeit zur direkten Regelung des jeweils anstehenden konkreten Falles eröffnen¹ und dabei für die sachliche Ausgestaltung offen auf die subjektiven Gerechtigkeits- und Zweckvorstellungen²

¹Engisch (Konkretisierung, S.81f) betont zu Recht, daß bei Ermessensbestimmungen die Variable immer bis zuletzt offenbleibt und die Unbestimmtheit notwendigerweise erst auf der Ebene des Falles aufgehoben werden kann. - Für Schweizer (S. 49f) liegt darin das einzige Unterscheidungskriterium zwischen Ermessensentscheid und der generell abstrakte Entscheide schaffenden freien Rechtsfindung intra legem, die zusammen den Bereich der Lücken intra legem bilden.

²Letztere werden oft gegenüber ersteren betont (vgl. Larenz, ML, S.281f), ja vielfach wird der Begriff als sog. Sacher-messen überhaupt auf sie beschränkt (so z.B. Esser, Vorver-ständnis, S.65).

des Organs selbst abstellen¹. Ermessensvorschriften sind die Konsequenz aus der Erkenntnis, daß es Fragen gibt, die sich nur zugeschnitten auf die je nach Ort und Zeit verschiedenen Umstände des einzelnen Falles von einer möglichst eng mit der Sache vertrauten und sachkundigen Stelle befriedigend lösen lassen. Daß auch hier das aus dem Gleichheitsgrundsatz der Verfassung zu entnehmende Willkürverbot Beachtung erfordert² und im Grenzfall den Spielraum für die Entwicklung subjektiver Vorstellungen völlig schrumpfen lassen kann, stellt nicht die grundsätzliche Möglichkeit der Maßgeblichkeit der subjektiven Auffassungen des Entscheidungsorgans in Frage, sondern folgt notwendig daraus, daß *keine* Ermächtigung zu genereller oder auf den Einzelfall zugeschnittener Regelung im Rechtsstaat völlig schrankenlos sein kann³.

Im Unterschied zu Ermessensvorschriften geht es bei Generalklauseln um eine generelle Regelung, die trotz ihrer inhaltlichen Unbestimmtheit unmittelbar für den einzelnen Fall Verbindlichkeit beansprucht und einer Umsetzung in eine sachhaltige Norm durch ein spezielles Organ nicht bedarf, sondern für ihre wertungsmäßige Ausfüllung auf objektiv gefaßte Maßstäbe⁴ abhebt, die wegen dieser Fassung

¹Engisch, Normative Tatbestandselemente, Festschrift für Mezger, S. 151ff; Einführung S.114f; Wahrheit und Richtigkeit, S.18f; Konkretisierung, S.81; Ermessensbegriff, Festschrift für K. Peters, S.36; Larenz, ML, S.281f; Peters, S. 741; Strache, S.89f; Jesch, AÖR 1957 (82), 205, 207; Bachof, JZ 1955, 98. - Beachtung verdient aber auch die Stellungnahme Ehmkes (S.40), daß "Ermessen" als "Handlungsfreiheit" ein grundsätzlich die ganze Verwaltung kennzeichnender Zug sei.

²Daß darauf zurückgegriffen werden muß, hat seinen Grund in der fehlenden Normbildung, wodurch eine Orientierung für zukünftige Fälle an der Regelung ausscheidet. So zutreffend Schweizer, S.50.

³Ebenso Larenz, ML, S.282.

⁴Engisch, Einführung, S.116.

grundsätzlich auch der Nutzenanwendung durch jedermann zugänglich sind. Die begrifflichen Unterschiede zwischen Ermessensvorschriften und Generalklauseln sind danach durchaus deutlich¹, in der praktischen Handhabung sind die Abweichungen oftmals jedoch wesentlich blasser und bisweilen kaum noch erkennbar.

Ohne den weiteren Untersuchungen vorzugreifen, kann man sagen, daß der Grund darin liegt, daß in den nicht selten vorkommenden Fällen von Unsicherheit über die Bedeutung des für verbindlich erklärten Maßstabs für den in Frage stehenden Sachverhalt und damit über die "Anwendbarkeit" der Generalklausel die Wertausfüllung durch den streitentscheidenden Richter² - also ein anderes staatliches Organ - und nur mit Wirkung für den einzelnen Fall erfolgt, so daß die Ähnlichkeit zur Ermessensausübung sehr groß wird³, insbesondere wenn man bedenkt, daß hier wie schon bei der "Anwendung"⁴ begrifflich gefaßter Normen - eine Ausnahme bilden völlig exakte Bestimmungen⁵ - das subjektive Ele-

¹ A. A. Class (Festschrift für Eberhard Schmidt, S. 124, 132), der die Generalklausel als Ermessensregel ansieht. Seine Auffassung ist aber zu sehr auf Strafzumessungsregeln abgestellt.

² Zu Recht weist Esser (Grundsatz und Norm, S. 97) darauf hin, daß nur der Richter selbst die Bindung an bezeichnete außerrechtliche Maßstäbe kontrolliere.

³ Nach Auffassung von Dubischar (S. 83; ähnlich Clemens, S. 60, 67) soll daher im Zivilrecht jede Freiheit des Richters zur Berücksichtigung der besonderen Umstände des Vorgangs in Tatbestand oder Rechtsfolge als Ermessen gelten. Vgl. aber als Gegenpol dazu die Meinung Staudinger-Webers (A. 139), wonach der Richter selbst bei § 242 BGB nur eine feststellende Entscheidung treffe.

⁴ i. S. v. Auslegung und Subsumtion. Mit Larenz (ML, S. 191 f; ebenso Canaris, System, S. 65 Fn. 11; Hatz, S. 18 f) ist die Trennbarkeit von Auslegung und Anwendung zu betonen. Zum Begriff und zur Gestalt der Subsumtion vgl. einerseits Larenz, ML, S. 255 ff; Canaris, System, S. 23 Fn. 23; Engisch, Einführung, S. 55 ff; Flume, Richter und Recht, K 29 f, aber andererseits auch Hruschka, Rechtsanwendung, ARSP 1964, 485 und Kaufmann, Die "ipsa res iusta", Festschrift für Larenz, S. 34, die die Vorstellung der Subsumtion überhaupt für unzutreffend halten.

⁵ Vgl. dazu oben Fn. 2, S. 7.

ment nicht nur nicht ausschließbar, sondern von nicht unerheblicher Bedeutung ist¹.

Während es jedoch bei den vorstehenden Überlegungen um starke Übereinstimmungen in der praktischen Handhabung von Ermessensvorschriften und Generalklauseln geht, die die begriffliche Qualifikation von Vorschriften als das eine oder andere unberührt lassen, ergeben sich bei der besonderen Gruppe der sogenannten Koppelungsvorschriften Schwierigkeiten bei eben dieser begrifflichen Einordnung. Diese Bestimmungen zeichnen sich nämlich dadurch aus, daß sie ebenso wie die meisten Generalklauseln normative Begriffe im engeren Sinne verwenden und zusätzlich der für die Regelung der Frage zuständigen Stelle ein Ermessen einräumen. Schwierigkeiten ergeben sich allerdings nicht bezüglich der generellen Frage, ob im Falle eines solchen Zusammentreffens äußerer Merkmale eine Generalklausel oder eine Ermessensvorschrift vorliegt, denn sie ist klar in dem Sinne zu beantworten, daß man es mit einer Ermessensvorschrift zu tun hat, wenn es für die sachliche Regelung des einzelnen Lebensvorgangs auf die subjektiven Vorstellungen einer eigenen Regelungsinstanz ankommt. Problematisch ist vielmehr, ob in denjenigen Fällen, in denen die verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe einen solchen Umfang aufweisen, daß nach ihrer "Anwendung" für die Ermessensausübung effektiv kein Raum bleibt, mit Rücksicht auf die aus der übrigen sprachlichen Gestaltung der Bestimmung zu entnehmende Absicht der Ermessenseinräumung von einer einheitlichen Ermessensvorschrift auszugehen und

¹ So schon Rumpf, S. 88. Ebenso Larenz, ML, S. 258 ff; Gesetzgeber, Festschrift für H. Henkel, S. 31; Rechtsfortbildung, NJW 1965, 1; Wegweiser, Festschrift für Nikisch, S. 275; Bindung des Richters, Festschrift für E. R. Huber, S. 292; Wieacker, Gesetz und Richterkunst, S. 7; Kaufmann, Geschichtlich-keit, Festschrift für Engisch, S. 273; Wozu Rechtsphilosophie heute, S. 38; Canaris, Lücken, S. 23; Esser, Grundsatz und Norm, S. 119 f; Interpretation, Studium Generale 1954, 375; Vorverständnis, S. 149 ff; Rupp, Bindung, NJW 1973, 1770; Brüggemann, S. 38; Klein, DRiZ 1972, 334; Diederichsen, Flucht des Gesetzgebers, S. 63; Merz, Auslegung, AcP 1964, 319; Coing, Methodenlehre, S. 44; Rüthers, Unbegrenzte Auslegung, S. 436 f; Säcker, Legitimation, ZRP 1971, 141 ff; Schneider, S. 16 f; Zippelius, Rechtsfortbildung, NJW 1964, 1982 f; Heusinger, S. 57 f; Flume, Richter und Recht, K 35; Wannagat, S. 18; Badura, S. 45 f; Less, S. 9; Haft, JuS 1975, 481.

ihre Aufspaltung in unbestimmten Rechtsbegriff und Ermessen abzulehnen ist. Grundsätzlich dürften die besseren Gründe gegen diese Einheitsauffassung und für eine saubere Trennung von normativem Begriff und Ermessen sprechen¹; Ausnahmefälle, in denen ein besonderes Interesse an der Berücksichtigung subjektiver Vorstellungen der Entscheidungsinstanz besteht und daher eine einheitliche Ermessensvorschrift angenommen werden muß, sind denkbar und bestätigen die Regel.

Hinsichtlich des vom gemeinsamen Senat der obersten Bundesgerichte entschiedenen Falles des § 131 AO² muß allerdings bezweifelt werden, daß das Interesse an der Erhaltung der Ermessensmöglichkeit wirklich gewichtig genug ist, um eine solche Annahme zu rechtfertigen. Denn im konkreten Fall hat der gemeinsame Senat mit der durch den Hinweis auf Steuergerechtigkeit und Gleichmäßigkeit der Besteuerung begründeten Reduktion des Ermessensspielraums selbst angedeutet, daß bei der Frage des Erlasses einer an sich geschuldeten Steuer für unterschiedliche Auffassungen der Entscheidungsbehörden kein Raum ist³. Es ist zwar notwendig, auch sehr spezielle Umstände des in Frage stehenden Falles zu berücksichtigen, bei Übereinstimmung in allen relevanten Merkmalen ist aber generell nur Gleichbehandlung hinsichtlich des Erlasses sachgerecht.

Aus alledem folgt, daß "Koppelungsvorschriften" dann Generalklauseln sind, wenn entgegen dem ersten Eindruck für eine Ermessensausübung kein Raum ist, denn mit dem Wegfall der Umsetzungsbedürftigkeit der Vorschrift in die eigentliche Sachregelung durch ein weiteres Organ muß von ihrer unmittelbaren Geltung ausgegangen werden. Soweit aber ein

¹Von einer grundsätzlichen Aufrechterhaltung der Trennung geht auch Kloepfer (NJW 1972, 1411) aus.

²NJW 1972, 1411 ff.

³Teil III. der Entscheidung.

Spielraum für die Ermessensausübung bleibt, muß auch eine Ermessensvorschrift angenommen werden, das Verständnis der Bestimmung als Generalklausel scheidet aus.

III. Die rechtliche Anordnung

Die Abgrenzung gegenüber den Bereichen der Rechtsfindung, in denen rechtliche Anordnungen völlig fehlen

Schließlich ist noch auf das dritte Merkmal des Begriffs der Generalklausel, die rechtliche Anordnung der Regelung, einzugehen. Im wesentlichen spricht dieses Merkmal für sich und bedarf als solches keiner ausführlichen Erläuterungen. Lediglich die Frage, ob diesem Begriffsmerkmal auch eine nur im materiellen Sinne gesetzliche Anordnung genügt oder ob es sich bei der Regelung um ein Gesetz im formellen Sinne¹ handeln muß, ist kurz zu erörtern. Die Antwort kann nur lauten, daß eine nur im materiellen Sinne gesetzliche Vorschrift ausreicht, weil strukturelle Unterschiede zwischen wertausfüllungsbedürftigen formell-gesetzlichen Normen und entsprechenden verfassungsrechtlich unbedenklichen Bestimmungen² niedrigeren Ranges nicht bestehen.

Etwas ausführlicher und detaillierter muß erörtert werden, ob Generalklauseln sich gerade durch dieses Merkmal von anderen Rechtsfindungsbereichen unterscheiden. Dabei ist auf die Bereiche des Gewohnheitsrechts und der Rechtsfindung praeter legem, der herkömmlicherweise durch den Lückensbegriff gekennzeichnet wird, einzugehen.

¹Verfassungsbestimmungen sollen mit Werner (Generalklauseln, S. 196) von vornherein ausgeschlossen werden.

²Die Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit solcher Klauseln kann hier nicht erörtert werden.

A. Gewohnheitsrecht und Generalklausel

Gewohnheitsrechtliche Regelungen beruhen zwar begrifflich nicht auf einer gesetzlichen Anordnung, sondern auf einem längere Zeit hindurch geübten tatsächlichen Verhalten, das von der Überzeugung der Bürger getragen ist, daß es einem rechtlichen Gebot entspreche¹. Das schließt aber nicht aus, daß eine solche gewohnheitsrechtliche Regelung eine Generalklausel darstellt, denn einerseits reicht es für die Annahme einer Generalklausel aus, daß irgendeine rechtliche Anordnung vorhanden ist², und andererseits ist es durchaus möglich, daß eine gewohnheitsrechtliche Regelung inhaltlich in der Weise präzisierungsbedürftig ist, daß sie der wertungsmäßigen Ausfüllung bedarf³. In besonderer Weise trifft das auf solche gewohnheitsrechtliche Regelungen zu, die für die Normierung einer bestimmten Rechtsfrage auf ein materiales Rechtsprinzip oder einen allgemeinen Rechtsgedanken Bezug nehmen⁴. Bei ihnen kann

¹ Larenz, ML, S.345. Vgl. dazu auch die Auffassung Essers (Richterrecht, Festschrift für F.v.Hippel, S.214f; zust. Röhl, Rechtstatsachenforschung, S.171ff), daß die Verkehrsgewohnheit zur Anerkennung als Gewohnheitsrecht heute immer der gerichtlichen Bestätigung bedürfe.

² Bedenken bestehen aber gegen die Auffassung von Class (Festschrift für Eberhard Schmidt, S.125), der ganz allgemein Bildungen von Judikatur und Rechtslehre einbeziehen will.

³ Wie z.B. die folgende: "Unterlassen ist wie positives Tun zu behandeln, soweit es diesem rechtlich gleichwertig ist".

⁴ Zu beachten ist aber, daß Esser (Richterrecht, Festschrift für F.v.Hippel, S.110f) die Auffassung vertritt, daß in diesen Fällen von Gewohnheitsrecht allenfalls bezüglich des "Kerns" gesprochen werden könne. - Zur Möglichkeit der Entstehung von Gewohnheitsrecht aus einer ständigen Rechtsprechung, sowie zu den in diesen Fällen an die "Rechtsüberzeugung" zu stellenden Anforderungen vgl. Larenz, ML, S.425; Bindungswirkung, Festschrift für Hans Schima, S.243 ff; Esser, a.a.O., S.127f; Vorverständnis, S.195; Heusinger, S.85.

mit besonderer Berechtigung von einer ungeschriebenen Generalklausel¹ gesprochen werden.

B. Lücke und Generalklausel

Abschließend muß noch das Verhältnis von Generalklauseln und Lückenbereich behandelt werden. Mit Canaris² ist das Merkmal des Lückenbegriffs³ in der vom Standpunkt der gesamten Rechtsordnung aus planwidrigen Unvollständigkeit der gesetzlichen und gewohnheitsrechtlichen Anordnungen zu sehen. Da andererseits, wie mehrfach dargelegt, die Generalklausel gerade eine gesetzliche oder gewohnheitsrechtliche Anordnung voraussetzt, ist von einer strikten Trennung der durch die beiden Begriffe gekennzeichneten Rechtsfindungsbereiche auszugehen.

Daraus ergibt sich die Konsequenz, daß es sich verbietet⁴, gesetzliche oder gewohnheitsrechtliche Vorschriften, die auch die übrigen Merkmale der Generalklausel aufweisen, d.h. insbesondere inhaltlich präzisierungsbedürftig sind, ganz allgemein als Lücken zu qualifizieren⁵ oder mit einem

¹Werner (Generalklauseln, S.197) klammert diese allerdings von vornherein aus seinen Überlegungen aus.

²Lücken, S.20.

³Von manchen Autoren (z.B. Kriele, S.196; Esser, Vorverständnis, S.178) wird der Begriff überhaupt abgelehnt, weil die "Fortbildung" des Rechts auf allen Stufen der Rechtsfindung qualitativ gleich sei.

⁴Canaris, Lücken, S.28, 130.

⁵Wie es z.B. Haase-Keller (S.52) ohne jede Begründung tun. Vgl. aber auch die Redeweise des BVerfG (E 3, 225, 243; 13, 153, 160), daß die Füllung von Lücken auf der Grundlage von Generalklauseln eine Aufgabe der Gerichte sei oder die Qualifizierung aller Fälle "wertender Gebotsbildung" als Lücken i.w.S. durch Heck (S.103f). - Wie hier Engisch, Einführung, S.137.

insbesondere im schweizerischen methodologischen Schrifttum¹ üblichen Ausdruck als "Lücken intra legem" zu bezeichnen. Bei Generalklauseln kann nicht nur von einer Unvollständigkeit des positiven Rechts keine Rede sein², weil sich dieses Merkmal des Lückenbegriffs wie dargelegt auf die positiv-rechtlichen Anordnungen und nicht auf die gesetzlichen Wertungen³ bezieht, sondern mit Canaris⁴ ist auch festzustellen, daß die Unbestimmtheit der Regelung bei Generalklauseln durchaus nicht planwidrig ist. Allerdings kann die von Canaris dafür gegebene Begründung⁵ nur voll überzeugen, soweit sie vom Boden der "subjektiven Auslegungstheorie" aus auf den Willen des Gesetzgebers zur Schaffung einer inhaltlich unbestimmten Regelung verweist. Dagegen bestehen Bedenken gegen die Auffassung, daß Generalklauseln im Gesamtplan des Gesetzes die Aufgabe haben, die Berücksichtigung der "besonderen Umstände des Einzelfalles" zu ermöglichen⁶ und daß daher auch für Vertreter der "objektiven Auslegungstheorie" ihre Unbestimmtheit nicht planwidrig sei. Gegen diese Auffassung spricht nicht nur, daß es, wie sich noch zeigen wird, Generalklauseln gibt, mit denen eine Berücksichtigung der besonderen Umstände nur sehr eingeschränkt oder gar nicht möglich ist, sondern vor allem, daß auch bei denjenigen

¹ Beispielhaft für die ganz herrschende Auffassung: Germann, Grundlagen, S.97, Probleme, S.120f, 390f; Schweizer, S. 25ff; Merz, Dauer und Wandel, ZSR 1973, 336; Meier-Hayoz, Lücken, Festschrift für Germann, S.149ff; Richter als Gesetzgeber, S.64. Letzterer weist allerdings selbst auf gewisse Bedenken gegen diese Terminologie hin (Richter als Gesetzgeber, S.158).

² Canaris, Lücken, S.28; Larenz, ML, S.356 Fn.12.

³ Soweit solche fehlen, hat man es nach der zu billigenden Abgrenzung von Canaris (Lücken, S.21 Fn. 17, S.28 Fn. 51, S. 36 Fn. 87, S.130) mit freier Rechtsfindung zu tun. Ebenso schon Ohlmer (S.17), aber mißverständlich bezüglich der daraus gezogenen Schlußfolgerungen.

⁴ Lücken, S.28.

⁵ Lücken, S.28.

⁶ In die gleiche Richtung geht die Bemerkung (Canaris, System, S.82), daß sich die Kriterien der Konkretisierung grundsätzlich nur im Hinblick auf den konkreten Fall fest-

Generalklauseln, die diese Möglichkeit zunächst eröffnen, Konkretisierung auch auf Generalisierung von Sachverhalten hinausläuft¹, was auch ein Absehen von speziellen Umständen bei der weiteren auf sie gestützten Rechtsfindung zur Folge hat².

Es dürfte daher die Sache besser treffen, wenn man die Aufgabe von Generalklauseln darin sieht, eine möglichst umfassende, wenn auch unbestimmte Regelung von solchen Rechtsfragen bereit zu stellen, deren abschließende Regelung in wertungsmäßig bestimmter Form mangels Vorhersehbarkeit aller in Betracht zu ziehenden Sachverhalte nicht möglich ist. Die Notwendigkeit der Berücksichtigung außerordentlich spezialisierter Umstände des Einzelfalles bei der Rechtsfindung aufgrund bestimmter Arten von Generalklauseln ist nur die unvermeidbare Folge des Fehlens eines die relevanten tatsächlichen Merkmale eingrenzenden Tatbestandes und der teilweisen Unmöglichkeit, im Konkretisierungsverfahren sogleich solche Tatbestände zu bilden.

Mit dieser Grenzziehung wird jedoch das Merkmal, in dem Generalklauseln und Lücken übereinstimmen und das gewöhnlich den Anlaß bildet, jene den letzteren zuzurechnen, keineswegs völlig übergangen. Die Tatsache, daß sowohl im Bereich der Generalklauseln als auch im Lückenbereich gesetzliche Einzelwertungen fehlen und auch eine Anknüpfung an gesetzliche Wertungen nur teilweise möglich ist, zeigt an, daß es sich in beiden Bereichen um Rechtsergänzung

¹ Wie hier Steindorff (Summum ius - summa iniuria, S.65), wenn er ausführt, daß Richterrechtsschöpfung häufig zu generellen Normen führe und sich daher Richterrecht und individualisierende Gerechtigkeit nicht als einander akzessorisch begreifen ließen.

² Mit Canaris (Lücken, S.28f) ist aber zu betonen, daß Generalklauseln dazu dienen, außerrechtliche Wertungen in die Rechtsordnung aufzunehmen.

handelt¹. Der Unterschied besteht darin, daß es zur Legitimation der Rechtsfortbildung im Lückenbereich einer besonderen Rechtfertigung bedarf², während sie sich bei Generalklauseln aus der gesetzlichen Anordnung selbst ergibt³, weil die Unbestimmtheit der Regelung nach keiner Auffassung planwidrig ist und jede Generalklausel eine Anweisung zur inhaltlichen Präzisierung und damit zum Vorgehen bei der Rechtsergänzung enthält, da sonst nicht von einer unmittelbar geltenden gesetzlichen Bestimmung gesprochen werden könnte. Man kann daher Generalklauseln als den Bereich der gesetzlich vorgesehenen Rechtsergänzung bezeichnen⁴.

Daraus darf aber nicht entnommen werden, daß alle im Lückenbereich möglichen Rechtsfortbildungsverfahren grundsätzlich auch im Bereich der Generalklausel in Betracht kommen. Vielmehr scheiden hier einige der dort gegebenen Möglichkeiten bereits deshalb aus, weil sie sich nicht

¹Larenz, Kennzeichen, S.2; Rüthers, Unbegrenzte Auslegung, S.211; Esser, Grundsatz und Norm, S.150f; Wieacker, Präzisierung, S.14,16; Kaufmann, Gesetz und Recht, Festschrift für Erik Wolf, S.386; F.Müller, Normstruktur, S.166, 201f; Less, S.26, 31; Fischer, S.30f; Badura, S.41; G.Müller, AuR 1977, 131; Michaelis, Festschrift für das OLG Celle, S.135; Leenen, S.66; Bender, JZ 1957, 600; J. Ipsen, S.67; Laufs, DRiZ 1973, 149; Göldner, S.41; sowie die in Fn. 1, S.29 genannten schweizerischen Autoren. - A.A. anscheinend Pehle (Pehle-Stimpel, S.10f), der Rechtsfortbildung und Generalklauselkonkretisierung als Gegensätze behandelt.

²Canaris, Lücken, S.21, Tarifdispositive Normen, Gedächtnisschrift für R.Dietz, S.204f.

³So Steindorff (Summum ius - summa iniuria, S. 63) bezüglich § 138 Abs. 1 BGB. Larenz (Kennzeichen, S.2) spricht von Rechtsergänzung in einem gesetzlich abgesteckten Rahmen. Ähnlich Ohlmer, S.19; Bender, JZ 1957, 601; F.Müller, Methodik, S.127.

⁴Damit soll nicht in Abrede gestellt werden, daß Rechtsfortbildung in einem weiteren Sinne schon bei Auslegung und Anwendung substantieller Normen stattfindet. Vgl. Larenz, Rechtsfortbildung, NJW 1965, 1; Esser, Grundsatz und Norm, S.150f, 255, 259; Wieacker, Präzisierung, S.15; Gesetz und Richterkunst, S.7; Brüggemann, S.43; Bülow, S.28ff, 34f.

in einer Weise "programmieren" lassen, die die Schaffung einer wertungsmäßig bestimmten Regelung vermeidet. Das gilt für alle diejenigen Fälle, in denen sich aus der ratio einer Vorschrift unmittelbar ergibt, daß die Vorschrift in sich zu weit oder zu eng oder beides zugleich in verschiedener Hinsicht ist und daher der korrigierenden Ergänzung bedarf. In diesen Fällen der teleologischen Reduktion¹, Extension² oder Umbildung³ ist die Eröffnung der entsprechenden Ergänzungsmöglichkeit durch eine besondere Vorschrift deshalb ausgeschlossen, weil ihre Formulierung in genauer Kenntnis des Mangels der Vorschrift erfolgen und sich darauf beziehen müßte und damit den Mangel selbst beseitigen würde. Die unmittelbare korrekte Fassung der mangelhaften Vorschrift selbst ist hier das angemessene Vorgehen des Gesetzgebers, eine unmittelbar geltende, wertungsmäßig unbestimmt bleibende zusätzliche gesetzliche Anordnung ist gar nicht denkbar.

Dagegen ist es möglich, durch Gesetz eine vorhandene Regelung auf ähnliche Fälle zu erstrecken, die in ihrer tatsächlichen Gestaltung noch nicht bekannt sind, oder eine Rechtsfrage durch Aufnahme eines vorpositiven Prinzips in das Gesetz zu normieren, wobei es jeweils auch darum gehen kann, einer vorhandenen aber tatbestandlich zu weiten Regelung eine Ausnahme anzufügen⁴. Darüber hinaus bietet sich im Wege der gesetzlichen Anordnung die Möglichkeit zur Eröffnung einer Rechtsergänzung der Art, daß der Eintritt einer bestimmten Rechtsfolge für einen generell zu beschreibenden Sachverhalt davon abhängig gemacht wird, daß zusätzlich eine bestimmte Bewertung oder Beurteilung auf ihn ins-

¹Canaris, Lücken, S.88f.

²Canaris, Lücken, S.89ff.

³Canaris, Lücken, S.91f.

⁴Ebenso Class, Festschrift für Eberhard Schmidt, S.123 Fn. 6.

gesamt oder auf einzelne seiner Teile zutrifft¹ oder daß mit einem generell bestimmten Tatbestand eine in entsprechender Weise bestimmungsbedürftige Rechtsfolgenanordnung verbunden wird^{2 3}.

Abschließend kann als Begriffsbestimmung festgehalten werden: Die Generalklausel ist eine gesetzliche oder gewohnheitsrechtliche Anordnung, die zwar unmittelbar gilt, aber wertausfüllungsbedürftig ist.

2. Abschnitt: Die Konkretisierung

Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist ein methodischer Vorgang. Zielten die Erörterungen bis hierher darauf ab, das Substrat dieses Vorgangs festzulegen und gegenüber anderen Erscheinungen abzugrenzen, so geht es nunmehr darum, den Vorgang selbst zu kennzeichnen und die für ihn gewählte Bezeichnung zu rechtfertigen. Bezüglich des dazu einzuschlagenden Verfahrens kann prinzipiell auf das Vorgehen bei der Definition der Generalklausel verwiesen werden. Ausgangspunkt ist auch hier der allgemeine Sprachgebrauch des Begriffs der Konkretisierung, die entscheidende Festlegung erfolgt mit dem Blick auf die Generalklausel als dem Gegenstand des in Frage stehenden Prozesses.

Der Begriff der Konkretisierung ist außerordentlich vielseitig verwendbar⁴ und schillernd. Er kann zum Beispiel nicht nur schlicht im Sinne von näherer Bestimmung oder von Realisierung eines Gedankens verstanden werden, sondern

¹Engisch (Einführung, S.122) beschränkt den Begriff der Generalklausel auf diese Bestimmungen.

²Streck (S.21f) will einerseits nur bei der letztgenannten Konstellation von Generalklauseln sprechen, erwähnt aber andererseits selbst weitere Gruppen (S.24f).

³Vgl. in diesem Zusammenhang die an verschiedene Funktionen anknüpfende Typisierung von Generalklauseln bei Garstka, JML, S.117-120.

⁴Über die Vieldeutigkeit des Begriffes besteht Einigkeit. Vgl. Engisch, Konkretisierung, S.1ff, 75ff; Germann, Probleme, S. 120 Fn. 34.

auch die Bedeutung von sachlicher Anreicherung, Veranschaulichung, Spezialisierung oder Individualisierung haben¹. In jedem Fall ist der damit gemeinte Vorgang aber dadurch gekennzeichnet, daß durch ihn das ihm unterliegende Objekt dadurch verändert wird, daß man es mit einer zusätzlichen Komponente versieht. Wesentlich ist die Vorstellung der Umgestaltung des Konkretisierungsgegenstandes unter Erhaltung seiner Identität. Allgemein gesprochen kann man Konkretisierung als Modifikation eines Gegenstandes durch Hinzufügung eines weiteren, bisher nicht vorhandenen Elements verstehen².

Nach dieser näheren Kennzeichnung der prägenden Merkmale stellt sich die Frage, ob bei Generalklauseln sinnvoll von einem Vorgang mit diesen Merkmalen gesprochen werden kann. Diese Frage ist zu bejahen³, denn die erwähnten Merkmale des Begriffs der Konkretisierung korrespondieren nicht nur treffend mit den für Generalklauseln wesentlichen Merkmalen der inhaltlichen Präzisionsbedürftigkeit und der unmittelbaren Geltung, sondern sie erlauben auch eine saubere Abgrenzung der bei der Verwendung von Generalklauseln zu beobachtenden Vorgänge von denjenigen bei der Handhabung von Rechtsvorschriften, die sich durch eben diese Merkmale von Generalklauseln unterscheiden. Die bloße Modifikation

¹Engisch unterscheidet in seiner Übersicht (Konkretisierung, S.1-42) neun verschiedene Bedeutungen des Wortes "konkret" und weist auf die Möglichkeit zahlreicher Kombinationen hin. Neben den im Text genannten Bedeutungen sind aus dieser Zusammenstellung noch das Konkrete i.S. des Selbständigen im Gegensatz zum Unselbständigen und des Ganzen im Vergleich zu seinen Teilen (unselbständigen Momenten) zu erwähnen.

²Bei Göldner (S.101) wird das Moment der Synthese und der produktiven Neugestaltung besonders betont, während das Element der Identitätserhaltung weitgehend zurücktritt.

³A.A. Esser (Vorverständnis, S.75), der sich generell gegen diesen Begriff wendet, weil er eine nirgends das richtige treffende Ableitungsvorstellung suggeriere. Podlech (AöR 1970 (95), 189, 194) will ihn auf die Präzisierung von deskriptiven vagen Ausdrücken beschränken.

der Generalklausel selbst ist die Konsequenz aus ihrer unmittelbaren Geltung¹; durch sie unterscheidet sie sich von der bei nicht unmittelbar geltenden Vorschriften wie Programmsätzen oder Ermessensbestimmungen notwendigen Umsetzung durch originäre Schaffung einer generellen oder auf den einzelnen Fall bezogenen Regelung². Das Merkmal der Hinzufügung einer vorher noch nicht vorhandenen Komponente ist dagegen auf die Wertausfüllungsbedürftigkeit der Generalklausel zugeschnitten, die es erforderlich macht, die Ausgestaltung der Regelung in tatsächlicher Hinsicht - sei es nur im Tatbestand, sei es auch in der Rechtsfolge - erst festzulegen³. Durch dieses Merkmal unterscheidet sich die Konkretisierung von der Auslegung⁴ solcher Vorschriften, die eine gesetzliche Wertung enthalten⁵, denn Auslegung stellt von der Intention des Auslegenden her nur heraus, was die Vorschrift bereits ent-

¹ Dieser Gesichtspunkt ist übersehen bei Goldschmidt (Festschrift für Engisch, S.193f, 199f), da er bei der Handhabung aller Vorschriften von Konkretisierung spricht, die selbst noch nicht die substantielle Regelung enthalten.

² Dieser Unterschied verblaßt aber, wenn man mit Göldner (S.40) die Bedeutung der unmittelbaren Geltung nur darin sieht, daß auch die Rechtsanwendungsinstanz zur methodengerechten Ausschöpfung der Bestimmung zuständig ist.

³ Less (S.25) kennzeichnet die Konkretisierung insoweit sehr anschaulich als "synthetische Konstruktion".

⁴ Auslegung wird hier mit Larenz (ML, S.181ff) als das vermittelnde Tun verstanden, mit dem man sich den Text zum Verständnis bringt. Anders Hruschka (Verstehen von Rechtstexten, S.6), der damit nur die "Außenseite des Erkenntnisvorgangs" (Larenz, a.a.O., Fn.43) bezeichnet wissen will. Vgl. in diesem Zusammenhang auch Viehweg (S.42) und Coing (Auslegungsmethoden, S.18, 22f), die in der Auslegung ein Stück Topik sehen.

⁵ A.A. Hirsch (JR 1966, 334), der bei Generalklauseln ausdrücklich von Rechtsanwendung spricht. Vgl. dazu Rüthers, Unbegrenzte Auslegung, S.459. Ähnlich wie der Text J. Ipsen, S.73.

hält¹; daß auch dies niemals in einer Weise erfolgen kann, die völlig objektiv und von dem jeweiligen Interpreten unabhängig ist², ist eine ganz andere Frage³.

Konkretisierung der Generalklausel bedeutet hiernach ihre inhaltliche Präzisierung als Rechtsvorschrift, sie ist zugleich sachliche Anreicherung und Umsetzung in die Regelung realer Lebensvorgänge, nähere Bestimmung und bessere Veranschaulichung⁴.

¹ Larenz, Rechtsfortbildung, NJW 1965, 2; Interpretation, Festschrift für Karl Olivekrona, S.376; Less, S.8; Brüggemann, S.76, insoweit auch Hirsch, JR 1966, 338. A.A. Redeker, NJW 1972, 410.

² Vgl. dazu Fn. 1, S.24.

³ Wieacker (Verfahren, Festschrift für Werner Weber, S. 423) bemerkt treffend, daß Gesetzesanwendung in der Entscheidung Aktualisierung des hypothetischen Gesetzesbefehls in einer gegebenen Lage sei, sie aber nicht anstelle des Gesetzgebers neue Normen schaffe. Anders Müller (Normstruktur, Methodik, jeweils durchgehend), der immer von Konkretisierung spricht, weil außer bei zahlenmäßig bestimmten Vorschriften die "Norm" nie fertig vorliege (Methodik, S.24, 115).

⁴ Zu beachten ist, daß damit sowohl der Vorgang als auch das Ergebnis des Verfahrens, die gefundene substantielle Norm, bezeichnet sein können.

2. Kapitel: Die Fälle des Ausschlusses der Generalklausel und ihrer Konkretisierung

Bevor man Überlegungen zur Konkretisierung selbst anstellt, ist es erforderlich zu klären, in welchen Fällen die Verwendung von Generalklauseln von vornherein überhaupt nicht in Betracht kommt. Die generelle Festlegung dieser Konstellationen hat den praktischen Vorteil, daß für einen Teil derjenigen Fälle, in denen das unter isolierter Ausrichtung an der Generalklausel selbst zu gewinnende Ergebnis der Konkretisierung keinen Sinn hat oder keinen Bestand haben könnte¹, schon der Versuch der Konkretisierung vermieden werden kann².

Alle diesbezüglichen Überlegungen müssen von der Funktion der Generalklausel ausgehen. Sie ist darin zu sehen, daß sie durch ihre Wertausfüllungsbedürftigkeit die Möglichkeit zur Rechtsfortbildung eröffnet, ihre Konkretisierung ist Nutzung eben dieser Möglichkeit, ist Rechtsergänzung³. Sie könnte entgegen dieser in der Generalklausel liegenden generellen Zulassung für einen abgesteckten Bereich dort nicht in Betracht kommen, wo es für einen speziellen Ausschnitt aus dem Fragenkomplex der Generalklausel am Bedürfnis für eine ergänzende Regelung fehlt oder wo diese generelle Zulassung für einen engeren Bereich wieder zurückgenommen ist. Bei der ersten Alternative handelt es sich um diejenigen Fälle, in denen für einen Teilaspekt der von der Generalklausel angesprochenen Rechtsfrage eine wertungsmäßig bestimmte gesetzliche Regelung existiert, die zweite

¹ Es handelt sich um denjenigen Teil der Fälle, in denen Bestimmungen vorhanden sind, die die gleiche Rechtsfrage wie die Generalklausel für einen spezielleren Bereich bzw. unter einem speziellen Aspekt regeln, nicht dagegen um denjenigen Teil der Fälle, in denen dieser Effekt nur auf "Fernwirkungen" des Gesetzes beruht. Letztere sind im Rahmen der rechtlichen Kontrolle des Konkretisierungsergebnisses zu erfassen.

² Erfolgt die Konkretisierung ohne diese Prüfung, so stellt sich die Konkurrenzfrage, um die es sich in der Sache handelt, nach Abschluß des Verfahrens in gleicher Weise.

³ Vgl. Fn. 1 S. 31

Variante betrifft diejenigen Fälle, in denen das Gesetz eine Regelung der eben genannten Art als abschließende Normierung der einschlägigen Rechtsfrage für einen abgrenzbaren Teil aus dem Regelungsbereich der Generalklausel geschaffen hat und damit für den betreffenden Sachbereich ein Rechtsergänzungsverbot enthält. Beide Fragenkomplexe bedürfen etwas genauerer Untersuchung.

A. Existenz einer wertungsmäßig bestimmten Norm und
Fehlen der Konkretisierungsmöglichkeit

Unmittelbar einleuchtend ist der Wegfall der Konkretisierungsmöglichkeit in denjenigen Fällen, in denen die in Aussicht genommene oder wegen der Festlegung der Generalklausel auf eine generell bestimmte Rechtsfolge einzig denkbare Konkretisierung für einen allgemein festgelegten Sachverhalt zu einer Regelung führen würde, die es als gesetzliche Vorschrift bereits gibt; einer solchen Doppelregelung fehlte jeder Sinn. Eine derartige Konkretisierung der Generalklausel hat zu unterbleiben, weil sie nicht mit der Rechtsergänzungsfunktion der Generalklausel gerechtfertigt werden kann, da für eine solche Rechtsergänzung kein Bedürfnis besteht.

Diese Überlegung läßt sich verallgemeinern, denn auf die Gleichheit der zu schaffenden Regelung mit der bereits vorhandenen kommt es insofern nicht an. Der entscheidende Gesichtspunkt, der auch dann zutrifft, wenn die beiden Regelungen von einander abweichen würden, ist vielmehr, daß die Generalklausel wegen ihrer bloßen Ergänzungsfunktion zurückzutreten hat, soweit überhaupt eine ausgeformte wertungsmäßig bestimmte gesetzliche Regelung vorhanden ist. Bei Verschiedenheit der Regelungen für identische Sachverhalte käme nur noch hinzu, daß die gesetzliche Wertung Vorrang hätte mit der Folge, daß die Konkretisierung auch aus

diesem Grunde keinen Bestand haben könnte¹. Zusammengefaßt läßt sich sagen, daß die im Wege der Konkretisierung der Generalklausel erfolgende Regelbildung wegen ihrer Ergänzungs- oder Auffangfunktion gegenüber vorhandenen gesetzlichen Regelungen der gleichen Rechtsfrage subsidiär ist². Das soll anhand einiger realer oder doch denkbarer Regelungen und ihrem Verhältnis zu § 138 Abs. 1 BGB noch weiter verdeutlicht werden.

Evident ist die Sperrwirkung bei den sogenannten exemplifizierenden gesetzlichen Konkretisierungen wie § 138 Abs. 2 BGB³, d.h. denjenigen vom Gesetz ausgeformten Regelungen des von der Generalklausel zu erfassenden Rechtsproblems, die regelmäßig besonders häufig vorkommende Sachverhaltsgestaltungen oder besonders markante Gesichtspunkte betreffen und die das Gesetz beispielhaft zur Verdeutlichung neben die Generalklausel stellt⁴. Die zusätzliche nochmalige Konkretisierung der Generalklausel des § 138 Abs. 1 BGB für denselben Tatbestand verspricht keinerlei Gewinn. Wo der Gesetzgeber die Regelung schon selbst getroffen hat, ist für eine entsprechende Ergänzung des Gesetzes kein Raum mehr.

¹ Larenz (ML, S.251f) weist darauf hin, daß bei einander ausschließenden Rechtsfolgen die speziellere Norm zur gleichen Frage schon deshalb Vorrang haben müsse, weil sie sonst keinen Anwendungsbereich hätte.

² Dubischar, Grundbegriffe, S.81; Haberstumpf, S.71. - Die sich aus der Auffangfunktion ergebende prinzipielle Subsidiarität ist unabhängig von der tatsächlichen Existenz einer Spezialregelung. Das ist verkannt bei Wurche, S.14. Davon, daß derjenige, der sich auf die Generalklausel berufe, wegen deren Auffangfunktion das Risiko trage, ihre Anwendung nicht beweisen zu können (so Wurche, S.138), kann erst recht keine Rede sein.

³ Mayer-Maly (Sittenwidrigkeit, S.29f) spricht dagegen von einem Sonderfall, dessen besondere Merkmale erst geprüft werden können, wenn die allgemeinen des Tatbestands der Sittenwidrigkeit verwirklicht sind.

⁴ Wegen der Merkmale gesetzlicher Konkretisierungen vgl. u. 3. Kapitel 2. Abschnitt B. 2.a.

Das gilt aber in völlig gleicher Weise auch für das Verhältnis der Generalklausel zu solchen Vorschriften, die ohne ausdrückliche Zuweisung einer Beispielsfunktion durch Zusätze wie "dies gilt insbesondere" u.ä. ebenfalls für einzelne bestimmte Aspekte die gleiche Rechtsfrage wie die Generalklausel regeln wie § 74a Abs. 2 HGB¹ oder auch Art. 9 Abs. 3 S.2 GG². Auch hier ist nämlich nicht ersichtlich, was mit der Konkretisierung des § 138 Abs. 1 BGB für die Regelung der betreffenden Sachverhalte erreicht werden könnte. Eine andere Rechtsfolge als Nichtigkeit kommt nicht in Betracht, für eine "Verdoppelung" der vorhandenen Regelung fehlt auch hier jedes Bedürfnis. In diesem Zusammenhang kommt auch Bestimmungen wie § 74a Abs. 3 HGB keinerlei Gewicht zu, denn daß nach dieser Vorschrift § 138 BGB unberührt bleibt, bedeutet nicht, daß für die bereits geregelten Tatbestände eine Konkretisierung der Generalklausel in Frage käme; sie hält lediglich die Möglichkeit offen, für die Beurteilung des Wettbewerbsverbots unter anderen Aspekten durch Konkretisierung eine Regelung zu schaffen³.

Die Dinge liegen aber bezüglich solcher Vorschriften wie § 123 Abs. 1 BGB oder § 3 Abs. 1 Nr. 1 AnfG im Verhältnis zu § 138 Abs. 1 BGB keineswegs anders, weil sie eine ande-

¹BAG, SAE 1969, 46; NJW 1969, 627f.

²Wie sich an diesem hinsichtlich der Drittwirkungsfrage von Grundrechten nicht umstrittenen Beispiel (Dürig, Festschrift für Nawiasky, S. 160) zeigt, gehört diese Frage in den vorliegenden Zusammenhang. Soweit eine Grundrechtsbestimmung die anstehende Rechtsfrage unmittelbar regelt, scheidet eine Generalklauselkonkretisierung aus. Die Drittwirkungsfrage i.e.S. kann in der Sache hier nicht erörtert werden. Einen informativen Überblick über die Sachdiskussion gibt Eckhold-Schmidt, S. 28-40. Zur Frage der Wirkung materialer Verfassungsprinzipien bei der Konkretisierung von Generalklauseln s. unten 3. Kapitel 2. Abschnitt A. 3. und B. 1.a.

³BAG, SAE 1969, 46.

re Rechtsfolge als dieser vorsehen¹, denn hier ist angesichts der bestehenden Regelung ebenfalls nicht die Rede von einem Bedürfnis zur Rechtsfortbildung und überdies könnte eine durch Konkretisierung der Generalklausel zu schaffende Regelung für die gleichen Sachverhalte mit der Rechtsfolge der Nichtigkeit keinen Bestand haben, weil sie mit der aus § 123 Abs. 1 BGB² bzw. § 3 Abs. 1 Nr. 1 AnfG³ zu entnehmenden gesetzlichen Wertung kollidieren würde, Rechtsergänzung aber auch da, wo sie grundsätzlich möglich ist, immer unter dem Vorbehalt der Wahrung vorhandener gesetzlicher Wertungen steht, da sonst auf diesem Wege die Rechtsordnung nahezu völlig umgebildet werden könnte.

Schließlich gilt das gleiche auch dann, wenn eine Vorschrift für einen eng umgrenzten Bereich klarstellt oder ihr im Wege des *argumentum e contrario* zu entnehmen ist⁴, daß die Rechtsfolge, die auch die Generalklausel vorsieht, nicht eintreten soll und wenn für einen speziellen Tatbestand gesondert die Rechtsfolge angeordnet ist, die auch eine als solche zu weite allgemeine Regelung vorsieht, deren Reduktion auf den wertungsmäßig zutreffenden Umfang Aufgabe der Generalklausel ist. In diesen Fällen hat die Konkretisierung der Generalklausel aus den erwähnten Gründen ebenfalls zu unterbleiben. Es muß aber davor gewarnt werden, solche Konstellationen allzu schnell anzunehmen,

¹ Das gleiche gilt, wie das BAG (SAE 1969,46) zu Recht festgestellt hat, für § 74a Abs. 1 HGB, der als Rechtsfolge Unverbindlichkeit vorsieht. Zustimmend Rüthers, SAE 1969,50.

² BGH, NJW 1973,513. Ebenso Larenz, AT, S.379 für § 3 AnfG ganz allgemein.

³ RGZ 115,379 (383); BGH, WPM 1966,585 (589); Palandt-Heinrichs § 138 Anm. 1 f cc. Speziell zum Fall der Drohung: Krampe, JZ 1975,574f.

⁴ Das daß *argumentum e contrario* regelmäßig die Ergänzungsbedürftigkeit ausschließt, hat Canaris (Lücken, S.44ff) nachgewiesen.

denn praktisch kommen sie nur sehr selten vor. So ist z.B. im Zusammenhang mit § 138 Abs. 1 BGB keine Bestimmung ersichtlich, die Verträge oder allgemein Rechtsgeschäfte bestimmten Zuschnitts ausdrücklich für nicht nichtig oder für rechtlich wirksam oder gültig erklärt und auf diese Weise die Konkretisierung des § 138 Abs. 1 BGB für eben diese Fälle ausschließt. Statt dessen findet sich in der Argumentation gegen seine Konkretisierung manchmal der Hinweis auf den Grundsatz der Privatautonomie. Gerade dieser Hinweis ist aber verfehlt, denn diesen als solchen zu weiten Grundsatz soll § 138 Abs. 1 BGB mit den unerläßlichen Ausnahmen versehen; für oder gegen eine solche Ausnahme ist ihm selbst aber gerade nichts zu entnehmen.

Abschließend kann daher gesagt werden, daß eine Konkretisierung von Generalklauseln insoweit ausscheidet, als eine wertungsmäßig bestimmte gesetzliche Regelung der von der Generalklausel angesprochenen Rechtsfrage bereits zur Verfügung steht, unabhängig davon, ob die allein mögliche oder in Aussicht genommene Konkretisierung mit dieser Regelung übereinstimmen würde oder nicht.

B. Bestehen einer Ausschließlichkeitsanordnung für einen eingegrenzten Teilbereich und Wegfall der Konkretisierungsmöglichkeit

Die zweite Gruppe von Fällen, in denen eine Konkretisierung der Generalklausel von vornherein ausscheidet, umfaßt diejenigen Gestaltungen, in denen entgegen der in der Generalklausel liegenden generellen Rechtsergänzungsermächtigung für die in ihr angesprochene Rechtsfrage die Beurteilung dieser Frage für einen speziellen Teilbereich auf ganz bestimmte Aspekte beschränkt und damit die Möglichkeit der Bildung weiterer Regelungen dieser Frage abgeschnitten wird. Das kann auf sehr verschiedene Weise er-

folgen. Am klarsten kommt dieser Wille zum Verbot der Rechtsfortbildung in Bestimmungen zum Ausdruck, die anordnen, daß die auch von der Generalklausel vorgesehene Rechtsfolge in dem speziellen Sachgebiet **n u r** eintritt, wenn ganz bestimmte ausgewählte Merkmale vorliegen¹. Als die speziellere Regelung der Rechtsergänzungsfrage geht dieses Verbot der aus der Generalklausel zu entnehmenden allgemeinen Ermächtigung vor und läßt diese nicht mehr zum Zuge kommen. Die Lage ist aber durchaus nicht anders, wenn der Ausschließlichkeitscharakter der spezielleren Regelung nicht ausdrücklich verlautbart ist, sondern sich nur aus dem Gesamtzusammenhang ergibt². Ferner ist es auch ohne Bedeutung, ob die Generalklausel bereits eine generell bestimmte Rechtsfolge enthält oder nicht; auch im Verhältnis zu insoweit noch unbestimmten Generalklauseln sind Regelungen denkbar, die für einen Ausschnitt aus deren sachlichem Regelungsbereich eine erschöpfende Normierung darstellen und innerhalb dieses Rahmens die Schaffung weiterer Regelungen, die sich auf andere Gesichtspunkte stützen, ausschließen. Die gleiche Wirkung kann aber auch von einer die gleiche Rechtsfrage wie die Generalklausel regelnden Vorschrift ausgehen, die in einem ein ganzes Sachgebiet abschließend durchnormierenden Spezialgesetz enthalten ist, das für alle einschlägigen Rechtsfragen die Berücksichtigung allgemeinerer Bestimmungen oder die Möglichkeit der Schaffung neuer Regelungen versperrt.

Alle diese Überlegungen kann man dahingehend zusammenfassen, daß jede für einen sachlichen Teilbereich als abschließende Normierung der auch den Gegenstand der Generalklausel bildenden Rechtsfrage zu verstehende bestimmte

¹ Das darin liegende Analogieverbot verbietet auch die Rechtsergänzung auf andere Art (Larenz, Rechtsfortbildung, NJW 1965, 5; Canaris, Lücken, S. 193ff).

² Larenz (ML, S. 250f) betont zu Recht ganz allgemein die Notwendigkeit der Auslegung für die Konkurrenzfrage.

Vorschrift nicht nur den von ihr tatbestandlich zu erfassenden Bereich, sondern darüber hinaus den betreffenden Teilbereich überhaupt der ergänzenden Regelbildung im Wege der Generalklauselkonkretisierung entzieht, weil das in ihr liegende Rechtsergänzungsverbot der aus der Generalklausel zu entnehmenden generellen Ermächtigung vorgeht.

Es bleibt nur zu fragen, warum es erforderlich ist, aus diesen Fällen eine eigene Gruppe zu bilden und sie von der zuerst behandelten abzugrenzen, anstatt sie mit dieser zusammenzufassen, weil auch hier doch immerhin eine Regelung vorhanden und auch die Wirkung für die Konkretisierungsmöglichkeit in beiden Gruppen gleich ist. Die Antwort auf diese Frage lautet, daß die Abgrenzung gerechtfertigt ist, weil die Gründe für diese im Ergebnis gleiche Wirkung sehr verschieden sind und dieser Unterschied nicht verwischt werden sollte, denn die Auffassung, daß der Ausschluß einer Neubildung auch eine Regelung darstelle, erscheint als eine sehr formalistische Betrachtungsweise. In der Sache gilt hier nämlich das gleiche, was Canaris¹ zu dem Parallelproblem im Lückenbereich ausgeführt hat: Während das Bestehen einer bestimmten Regelung insoweit das Regelungsbedürfnis entfallen läßt, hat ein Verbot der ergänzenden Normbildung nur Sinn, wo an sich zumindest die Möglichkeit besteht, daß für im Hinblick auf die angeschnittene Rechtsfrage potentiell relevante Gesichtspunkte eine Regelung fehlt. Dort kommt lediglich hinzu, daß auch die Auswirkungen der beiden Gruppen auf verschiedenen Ebenen liegen - Fehlen der Rechtsfortbildungsermächtigung mangels Lücke einerseits und Verbot ihrer Ausnützung andererseits - während es hier in beiden Fällen einheitlich um den Wegfall der durch die Generalklausel prinzipiell eröffneten Rechtsfortbildungsmöglichkeit² geht.

¹Lücken, S.47.

²Vgl. dazu oben Fn. 3, S.31.

Faßt man zusammen, so läßt sich feststellen, daß die Konkretisierung der Generalklausel nicht nur insoweit versperrt ist, als eine wertungsmäßig bestimmte Regelung der einschlägigen Rechtsfrage vorhanden ist, sondern darüber hinaus auch insoweit, als eine solche Normierung als abschließende Regelung der Frage für einen speziellen Bereich zu gelten hat.

3. Kapitel: Das Verfahren der Konkretisierung

Wie sich bereits im Rahmen der Begriffsabgrenzung der Generalklausel gezeigt hat, können die Merkmale der Generalklausel auf sehr verschiedenartige gesetzliche Anordnungen zutreffen, kann die Generalklausel in durchaus unterschiedlichen Erscheinungsformen auftreten. Als typische Gestaltungen stellten sich die Verweisung auf ähnliche Fälle, die Kombination von beschreibendem Tatbestand mit einem Wertungsbegriff bei bestimmter Rechtsfolgeanordnung und die Verbindung eines generell bestimmten Tatbestands mit einer ausfüllungsbedürftigen Rechtsfolgeanordnung sowie die Verweisung auf ein vorpositives Prinzip dar. Angesichts der strukturellen Verschiedenheit dieser Gestaltungen kann auch nicht erwartet werden, daß die Konkretisierung durchgehend nach einem einzigen einheitlichen Muster abläuft. Vielmehr muß angenommen werden, daß die Unterschiede im Konkretisierungsverfahren ihre Entsprechung finden werden. Aus diesem Grunde soll das bei der Konkretisierung einzuschlagende Verfahren jeweils gesondert für diese typischen Erscheinungsformen von Generalklauseln untersucht werden. Dieses Vorgehen verzichtet auf eine von vornherein nicht realistische Vorstellung einer Einheitskonzeption, erlaubt die Erfassung von Übereinstimmungen und beschränkt Überschneidungen und Wiederholungen auf ein unumgängliches Maß. Es vermeidet aber auch den bei einer weiteren Auffächerung zu befürchtenden Verlust an Übersichtlichkeit und steht einem näheren Eingehen auf Misch- oder Zwischenformen von besonderer praktischer Bedeutung und ihre Eigenheiten nicht entgegen. Sie können im Zusammenhang mit demjenigen Verfahren, das bei ihnen überwiegend zum Tragen kommt, erörtert werden.

1. Abschnitt: Die Erstreckung auf ähnliche Fälle

Die geringsten Schwierigkeiten für die inhaltliche Präzisierung im Wege der Bildung substantieller Normen bieten

diejenigen Generalklauseln, die sich allein auf die Anordnung beschränken, daß eine für einen oder mehrere festumrissene Tatbestände geschaffene Regelung auch "für ähnliche Fälle" gelten soll¹. Zwar fehlt bei einer solchen Anordnung ein Tatbestand überhaupt - gerade das macht wegen der daraus folgenden völligen sachlichen Unbestimmtheit ihren Generalklauselcharakter aus - über das Verfahren zu seiner Festlegung ergeben sich aber keine Zweifel. Die Anordnung stellt nichts anderes dar, als eine explizite Anweisung zur Beachtung des positiven Gleichheitssatzes, der die Gleichbehandlung von gleichartigen, und d.h. rechtsähnlichen Fällen fordert und ermöglicht.

A. Die konkretisierende Analogie

Das dazu in erster Linie einzuschlagende Verfahren ist die Analogie², deren Besonderheit hier nur darin liegt, daß das Gesetz selbst die Regelungen bezeichnet, die Ausgangspunkt und Basis für die Normbildung sein sollen. Dagegen ergeben sich für das Verfahren der Gleichstellung selbst keinerlei Abweichungen gegenüber dem allgemein unter dieser Bezeichnung bekannten und geübten Vorgehen. Aus den vom Gesetz bereitgehaltenen beispielhaften Normen sind auch hier zunächst die für den Eintritt der vorgesehenen Rechtsfolge entscheidenden Elemente herauszuarbeiten, um rechtfertigen zu können, daß für eine im übrigen abweichende tatsächliche Gestaltung die gleiche rechtliche Behandlung angezeigt ist, weil eben diese maßgeblichen Elemente auch bei ihr gegeben sind. Analogie ist hier wie auch sonst das den Nachweis dafür erbringende Verfah-

¹Schweizer (S. 76) spricht von großen offenen Aufzählungen ohne Hinweis auf das gemeinsame Merkmal der Beispiele.

²Zur Analogie und ihrer Rechtfertigung aus dem Gleichheitssatz Canaris, Lücken, S. 25, 98 f insbesondere Fn. 139; System, S. 24 f; Larenz, ML, S. 366; Rechtsfortbildung, NJW 1965, 4. Einen wesentlich weiteren Analogiebegriff verwenden Kaufmann, Analogie und Natur der Sache, durchgehend, Hassemer, S. 118; Hruschka, Verstehen von Rechtstexten, S. 102; Baratta, Festschrift für Erik Wolf, durchgehend. Vgl. dazu auch Larenz, ML, a.a.O.

ren, daß die ratio einer Regelung auch auf als real denkbare Vorgänge zutrifft, die von ihrer möglichen sprachlichen Bedeutung nicht umfaßt werden und die auf den für jede Rechtsordnung essentiellen Gleichbehandlungsgrundsatz gestützte Schlußfolgerung, diese Vorgänge wegen dieser Übereinstimmung dennoch rechtlich gleich zu behandeln. Die Eigentümlichkeit der gesetzlichen Erstreckung einer bestimmten Regelung auf ähnliche Fälle besteht darin, daß das Gesetz selbst auf die mögliche Diskrepanz zwischen Anordnung und Wertung in einer zusätzlichen Anordnung hinweist und die Zulässigkeit des für ihre Bewältigung in Betracht kommenden Verfahrens bestätigt.

Das Vorstehende soll an einem praktischen Beispiel erläutert werden. § 868 BGB dehnt die vom Gesetz zunächst an den Besitz als unmittelbare Beziehung einer Person zu einer Sache geknüpften Rechtspositionen - von einzelnen Durchbrechungen wiederum abgesehen - auf die Fälle des Vorliegens ganz bestimmter mittelbarer Sachbeziehungen aus, um dann diese Wirkung wiederum durch eine allgemeine Wendung auf "ähnliche Verhältnisse, die einem anderen gegenüber zum Besitz auf Zeit berechtigen oder verpflichten" zu erstrecken. Was im einzelnen solche Fälle sind, läßt das Gesetz bewußt offen, ein Tatbestand fehlt insoweit völlig, denn der im Nachsatz enthaltene Hinweis gibt keine abschließende Festlegung der für die mittelbare Sachbeziehung notwendigen Merkmale, sondern mit dem Abstellen auf "ähnliche Verhältnisse" wird auf die bei den benannten Besitzmittlungsverhältnissen als wesentlich für die Vermittlungsfunktion zu erkennenden Elemente verwiesen¹. Das bedeutet, daß die Ermittlung der offen gelassenen Tatbestände mit Hilfe des Analogieverfahrens zu erfolgen hat.

Im Einzelfall kann dafür die Herausarbeitung der notwendigen Merkmale entbehrlich sein, weil sich die Feststel-

¹ Baur, Sachenrecht, § 7 B III 1 a.

lung treffen läßt, daß ein weiterer Tatbestand von einem der gesetzlichen Beispiele sich nur in Punkten unterscheidet, deren Irrelevanz für die Frage der Gleichbehandlung sicher ist, so daß die wesentlichen Merkmale bei ihm jedenfalls auch vorliegen. Dies trifft z.B. im Rahmen der Frage nach den für die Besitzmittlung geeigneten weiteren Verhältnissen für die Leihe im Vergleich zu der im Gesetz erwähnten Miete zu, denn rein begrifflich unterscheiden beide sich nur durch das für diese Frage gänzlich bedeutungslose Merkmal der Entgeltlichkeit der Gebrauchsüberlassung. Man kann daher, ohne ins Detail gehen zu müssen, die neue Regel aufstellen, daß auch der Verleiher einer Sache mittelbaren Besitz hat, weil das Leihverhältnis sicher auch die bei der Miete für ihre Eignung als Besitzmittlungsverhältnis notwendigen Merkmale aufweist¹.

Regelmäßig kann aber auf die genaue Analyse dieser Elemente für die Neubildung von Tatbeständen im Wege der Analogie nicht verzichtet werden. Bei § 868 BGB ergibt eine solche Untersuchung, daß die vom Gesetz als Besitzmittlungsverhältnis anerkannten Beziehungen sich dadurch auszeichnen, daß sie konkret bestimmte Rechtsverhältnisse darstellen, aufgrund deren jeweils der unmittelbare Besitzer sein Recht vom mittelbaren ableitet und diesem gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt bzw. verpflichtet ist und daß der mittelbare Besitzer einen Herausgabeanspruch gegen den unmittelbaren hat². Die Aussage, daß auch Werkvertrag, Verkaufskommission, elterliche Gewalt und Konkursverwaltung - um nur eine Auswahl der einschlägigen Rechtsverhältnisse zu nennen³ - Besitzmittlungsverhältnisse im Sinne des § 868 BGB sind, läßt sich nur aufgrund

¹ Im Ergebnis ebenso Palandt-Bassenge § 868 Anm. 2 c bb.

² Baur, Sachenrecht, § 7 B III 1 b, Palandt-Bassenge § 868 Anm. 2 a b.

³ Übersichten bei Baur, Sachenrecht § 7 B III 1 c, Palandt-Bassenge § 868 Anm. 2 c.

dieser Kennzeichnung und der weiteren Feststellung treffen, daß diese Kennzeichnung auch bei ihnen zutrifft.

Die Erörterung des Analogieverfahrens kann mit diesem Beispiel abgeschlossen werden, auf Analogiefälle wird im weiteren Verlauf der Erörterungen in anderem Zusammenhang noch zurückzukommen sein.

B. Das konkretisierende argumentum a fortiori

Die Konkretisierung einer gesetzlichen Anordnung, die eine vorhandene Regelung auf ähnliche Fälle erstreckt, kann aber nicht nur im Wege der Analogie, sondern auch durch ein argumentum a fortiori erfolgen. Denn diese Anordnung ist, wie dargelegt als ausdrückliche Anweisung zur Beachtung des positiven Gleichheitssatzes zu verstehen, dieser deckt jedoch nicht nur die Gleichbehandlung solcher Tatbestände, bei denen die in dem gesetzlichen Beispiel maßgeblichen Merkmale ebenfalls gegeben sind, sondern er erlaubt und gebietet erst recht die Neubildung der gleichen Regelung für solche Tatbestände, auf die die entscheidenden Gesichtspunkte in noch stärkerem Maße als auf den Ausgangstatbestand selbst zutreffen. Dies gilt unabhängig davon, ob man das argumentum a fortiori als Spezialfall oder besser nur als der Analogie verwandtes Verfahren¹ ansieht. Entscheidend ist allein, daß es auch bei ihm darauf ankommt, die für den Eintritt der Rechtsfolge wesentlichen Merkmale aufzudecken und nachzuweisen, daß die ratio der Regelung auch auf den unregelmäßigten Tatbestand zutrifft. Der Unterschied zur Analogie besteht lediglich darin, daß die entscheidenden Gründe nicht nur in gleichem, sondern sogar in stärkerem Maße vorliegen². Dieses Moment ist aber gleichzeitig auch der Grund, daß dieses Verfahren praktisch selten zum Tragen kommen wird, denn regelmäßig wird

¹So Canaris, Lücken, S. 78 Fn. 63 gegen Nawiascky; Larenz, ML, S. 375.

²Canaris, Lücken, S. 78; Larenz, ML, S. 375 f.

das besondere Gewicht der für die fragliche Regelung des Tatbestandes sprechenden Gründe den Gesetzgeber veranlassen, diesen vorrangig selbst in dieser Weise zu regeln.

Als Ergebnis kann man festhalten, daß gesetzliche Anordnungen, die eine vorhandene Regelung auf ähnliche Fälle oder Verhältnisse ausdehnen, eine ausdrückliche Anweisung zur Beachtung des positiven Gleichheitssatzes darstellen. Als Mittel, dieser Anweisung gerecht zu werden und die Anordnung durch substantielle Regelungen zu konkretisieren, stehen die Verfahren der Analogie und des argumentum a fortiori bzw. a maiore ad minus zur Verfügung.

2. Abschnitt: Die Verknüpfung einer zumindest generell bestimmten Rechtsfolge mit einem wertausfüllungsbedürftigen Tatbestand

Die soeben erörterte Gruppe von Generalklauseln stellt gleichsam nur eine Anweisung zur Beachtung des positiven Gleichheitssatzes dar, für deren Befolgung eine beschränkte Anzahl bekannter methodologischer Möglichkeiten zur Verfügung steht, die keine prinzipiellen Schwierigkeiten aufwerfen. Demgegenüber ist die Situation bei der jetzt zu untersuchenden Art von Generalklauseln schon insofern ganz anders, als eine derartige Anweisung fehlt, weil diese Generalklauseln sich in rechtssatzmäßiger Form präsentieren, die auf den ersten Blick den Eindruck vermittelt, die Bestimmungen seien wie begrifflich gefaßte Vorschriften direkt anwendbar. Da das aber wegen der Wertausfüllungsbedürftigkeit gerade nicht der Fall ist, muß die weitere Darstellung zeigen, wie die Vorschrift unmittelbar in inhaltlich bestimmte Normen umgesetzt werden kann, und ferner, ob und gegebenenfalls wie darüber hinaus weitere Konkretisierungen der Generalklausel geschaffen werden können. Daß diese beiden unterschiedlichen Fragestellungen auch ein verschiedenartiges Vorgehen zu

ihrer jeweiligen Beantwortung erfordern dürften, kann ohne nähere Prüfung erwartet werden. Es empfiehlt sich daher von vornherein, im Interesse einer klaren Abgrenzung die beiden Bereiche getrennt zu untersuchen und dabei mit dem sich ohne zusätzliche Erwägungen nur auf die Generalklausel selbst stützenden Verfahren zu beginnen.

A. Die unmittelbare Konkretisierung

Die Erörterung der unmittelbaren Konkretisierung von Generalklauseln wie § 138 Abs. 1, § 626 Abs. 1 oder § 826 BGB muß sich zunächst daran orientieren, daß bei diesen Vorschriften eine klare Trennung in Tatbestand und Rechtsfolge besteht. Diese Eigenheit ist bei ihrer Konkretisierung zu substantiellen Normen zu beachten. Sie hat zur Konsequenz, daß die Rechtsfolge der neu zu bildenden Norm sich nur aus der Rechtsfolge der Generalklausel ableiten kann und daß ihr Tatbestand aufgrund der im Tatbestand der Generalklausel enthaltenen Angaben gebildet werden muß. Daher ist das bei der Bildung von Tatbestand und Rechtsfolge einzuschlagende Verfahren auch getrennt zu untersuchen. Ferner muß schließlich noch geklärt werden, welchen Anforderungen die aus der Generalklausel gebildete Regelung als nicht durch das Gesetz selbst erfolgende Normschöpfung genügen muß. Dabei geht es um das Verhältnis der auf eine rechtliche Anordnung gestützten ergänzenden Rechtsfindung zur bestehenden gesetzlichen Rechtsordnung, insbesondere um die Fragen, ob Widersprüche möglich sind und wie gegebenenfalls solche Kollisionsprobleme zu lösen sind.

1) Die Rechtsfolge

Zu beginnen ist mit den Überlegungen zur Festlegung der Rechtsfolge, da diese bei der Konkretisierung des hier in Frage stehenden Typs von Generalklauseln keinerlei

Schwierigkeiten bietet. Der Grund dafür liegt darin, daß hier die Generalklausel selbst eine wegen ihrer eigenen rechtssatzmäßigen Form als solche erkennbare, zumindest generell bestimmte Rechtsfolgenanordnung enthält. Offen ist hier nur der Tatbestand, unbestimmt ist nur der Kreis derjenigen Fälle, in denen eben diese Rechtsfolge eintreten soll. Die Konkretisierung kann daher nicht zur Bildung von Regelungen führen, die andere als die in der Generalklausel vorgesehenen Rechtsfolgen anordnen, sondern muß sich in diesen Fällen auf die schlichte Übernahme dieser Rechtsfolgen beschränken. So kann z.B. eine auf § 138 Abs. 1 BGB gestützte Regelung nur die Rechtsfolge der Nichtigkeit vorsehen, aus § 626 Abs. 1 BGB läßt sich nur eine die Möglichkeit der fristlosen Kündigung eröffnende Norm rechtfertigen und die Konkretisierung des § 826 BGB kann nur zu Normen führen, die für bestimmte Fälle die Verpflichtung zum Schadensersatz festlegen. Die Bildung von Regelungen mit anderen Rechtsfolgenanordnungen würde die sich aus jeder Generalklausel ergebende Ermächtigung zur Rechts-ergänzung überschreiten; sie ist nur unter den ganz anderen Voraussetzungen des Vorliegens einer Lücke zulässig.

2) Der Tatbestand

Nach den bisherigen Erörterungen ist es zwar nicht zweifelhaft, daß die Konkretisierungsbedürftigkeit der vorliegenden Gruppe von Generalklauseln ihre Ursache in der Unbestimmtheit gerade des "Tatbestandes" hat und daß die Schaffung substantieller Tatbestände daher das Kernstück der Konkretisierung dieser Generalklauseln bildet, es darf aber doch nicht übersehen werden, daß der "Tatbestand" der Generalklausel sich niemals in dem die Wertausfüllungsbedürftigkeit bedingenden Element erschöpft. Vielmehr enthält jede dieser Generalklauseln zu allererst auch generell bestimmte Merkmale, die ihren Regelungsbereich abstecken und einen gegenständlichen Rahmen für die auf ihrer Basis mögliche ergänzende Rechtsfindung schaffen. Die Be-

reitestellung einer wenn auch nur generell bestimmten Rechtsfolgeanordnung für völlig beliebige, in gar keiner Weise eingegrenzte Sachverhalte wäre auch gar nicht sinnvoll. Erst die Verbindung mindestens eines ebenfalls generell bestimmten Tatbestandsmerkmals mit der vorgesehenen Rechtsfolge läßt in summarischer Weise das Rechtsproblem erkennen, dessen Regelung ermöglicht werden soll; ohne jegliches bestimmtes Merkmal ließe sich die mit Hilfe der Generalklausel zu regelnde Rechtsfrage nicht einmal allgemein formulieren. Die Festlegung auf die Frage der Nichtigkeit von Rechtsgeschäften bei § 138 Abs. 1 BGB, auf die Möglichkeit fristloser Kündigung von Dienstverhältnissen bei § 626 Abs. 1 BGB und auf das Problem des Schadensersatzes bei vorsätzlicher Schadenszufügung bei § 826 BGB kann nur aufgrund aller in der jeweiligen Generalklausel enthaltenen bestimmten Merkmale erfolgen. Ergibt sich hieraus, daß Generalklauseln der hier zu behandelnden Art notwendigerweise mindestens ein bestimmtes Merkmal im Tatbestand enthalten, so stellt sich die Frage, wie dieses und eventuell vorhandene weitere bestimmte Merkmale bei der die Generalklausel konkretisierenden Normbildung auf der Tatbestandsseite zu berücksichtigen sind. Erst dann kann die Bedeutung der Wertungsfrage für die Tatbestandsbildung untersucht werden.

a) Die Verwendung der bestimmten Merkmale

Am naheliegendsten ist es, bei der Berücksichtigung der bestimmten Merkmale auf der Tatbestandsseite ebenso zu verfahren wie bei der Bildung der Rechtsfolge, wenn einem solchen Vorgehen keine unüberwindlichen Hindernisse entgegenstehen. Der einzige sachliche Unterschied neben der Ansiedlung in verschiedenen Teilen der Generalklausel liegt aber darin, daß auf der Rechtsfolgeseite die bestimmten Merkmale die Anordnung erschöpfen, während die Tatbestandsmerkmale mit Hilfe der vorzunehmenden Wertung um weitere zusätzliche Elemente erweitert werden müssen. Dieser Umstand bildet aber kein Hindernis, ebenso wie bei der Bil-

dung der Rechtsfolge die im Tatbestand der Generalklausel enthaltenen bestimmten Merkmale in die neu zu bildende Norm zu übernehmen. Auf diese Weise wird auch zuverlässig sichergestellt, daß die ergänzende Normbildung sich in den von der Generalklausel gezogenen Grenzen bewegt, denn die Bildung von Normen, bei denen diese Tatbestandsmerkmale fehlen und durch andere ersetzt sind, kann nicht mehr als Konkretisierung von Generalklauseln verstanden werden, sondern stellt Rechtsfindung *praeter legem*, d.h. Lückenausfüllung dar.

b) Die Verwendung der Wertungselemente

Im Verhältnis zu diesen bestimmten Merkmalen kommt dem die Wertausfüllungsbedürftigkeit bedingenden Element des Tatbestandes der Generalklausel für die Bildung des Tatbestandes der substantiellen Norm Komplementärfunktion zu, mit seiner Hilfe sind die tatsächlichen Merkmale festzulegen, von deren Vorliegen zusätzlich das Eintreten der bereits bestimmten Rechtsfolge abhängen soll. Es geht also bei der unmittelbaren Konkretisierung nicht um die Bewertung eines feststehenden Sachverhalts, sondern umgekehrt um die Ermittlung der tatsächlichen Gestaltung von Sachverhalten, auf die eine von der Generalklausel vorgegebene Beurteilung zutrifft, und deren Einbau in den Tatbestand der zu bildenden Norm. So muß für die Ausfüllung von § 138 Abs. 1 BGB gefragt werden, welche Umstände eines Rechtsgeschäftes einen Verstoß gegen die guten Sitten begründen, und für § 626 Abs. 1 BGB kommt es darauf an, welche Art von Tatsachen es einem Kündigenden unzumutbar machen, ein Dienstverhältnis bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder dem vereinbarten Zeitpunkt der Beendigung fortzusetzen.

Von zentraler Bedeutung für das zur Beantwortung solcher Fragen einzuschlagende Verfahren ist, ob die die Konkretisierung jeweils vornehmende Person, insbesondere im Rah-

men der verbindlichen Entscheidung eines Rechtsstreits der Richter, die Antwort auf diese Fragen rein subjektiv nach persönlichen Vorstellungen gibt, die Feststellung also nur aufgrund eigenen "emotionalen Verhaltens"¹ trifft, oder ob die die Antwort bestimmenden Beurteilungen und Bewertungen anhand von objektiven, nachprüfbaren Maßstäben zu gewinnen sind. Nimmt man die Generalklausel als zwar inhaltlich unbestimmte, aber mit unmittelbarer Geltung versehene, auf unmittelbare Rechtswirkung gerichtete Norm ernst, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß nur Bewertungen aus vorgegebenen Ordnungen oder aufgrund objektiv feststellbarer Maßstäbe in Betracht kommen können². Die Zulassung rein subjektiver Werturteile würde die zu bildende Norm wiederum von den persönlichen Anschauungen des "Konkretisierenden" abhängig machen und damit die Grenzen zwischen Ermessensausübung und Konkretisierung verwischen³.

ba) Die Feststellung des erforderlichen Maßstabs

Steht damit fest, daß die für die Konkretisierung erforderlichen Bewertungen aufgrund nachprüfbarer Ordnungen und

¹Larenz, ML, S. 276.

²Daher betont Larenz (ML, S. 276 f) zu Recht, daß es nicht um die Feststellung eines "eigenpsychologischen Faktums" (so Scheuerle, Rechtsanwendung, S. 111 f, 162, vgl. aber S. 83 f), sondern um ein "gültiges", von jedem Einsichtigen zu bejahendes Urteil geht. Wenn Jesch (AÖR 1957 (82), 181) ebenfalls die Ermittlung eines verbindlichen Maßstabes fordert, so ist zu beachten, daß er das Kennzeichen des unbestimmten Rechtsbegriffs in seinem besonders großen Begriffshof sieht (S. 177. Vgl. dazu Leenen, S. 36 f). - Ist man allerdings der Meinung (so Esser, Vorverständnis, S. 66 f), daß es bei Generalklauseln nicht um die Feststellung empirisch erfassbarer Verhaltensweisen, Leitbilder und Vorstellungen, sondern um die richterliche Aufstellung von Mindestanforderungen geht, dann reduzieren sich die Maßstäbe im hier verstandenen Sinn auf die in der Gesellschaft gebildeten Erwartungsvorstellungen als Anerkennungsrahmen (ähnlich Meyer, JuS 1973, 204).

³Sieht man es gerade als Kennzeichen der "Wertausfüllungsbedürftigkeit" an, daß einheitliche Modelle fehlen, so ist die Maßgeblichkeit der individuellen Vorstellungen des Entscheidenden unausweichlich. So Zitscher, Jahrbuch für Rechtssoziologie und -theorie, Bd. 2, S. 555 f. Ablehnend Rüthers, Unbegrenzte Auslegung, S. 269; Ipsen, S. 68; Birke, S. 39.

Maßstäbe zu gewinnen sein müssen, so stellt sich sogleich die Frage, wie zu ermitteln ist, welche Ordnung oder welcher Maßstab jeweils maßgeblich sind. Die Antwort kann nur lauten, daß dies durch Auslegung¹ der die Wertausfüllungsbedürftigkeit der Generalklausel ausmachenden Tatbestandselemente zu geschehen hat², weil dies die einzige Möglichkeit darstellt, auch insoweit die gesetzliche Anordnung voll auszuschöpfen.

Allerdings müssen bei der zu diesem Zwecke erfolgenden Interpretation einige Besonderheiten beachtet werden. Zunächst darf schon nicht übersehen werden, daß sich bei der vorliegenden Gruppe von Generalklauseln unter dem Blickwinkel ihres Aussagegehalts bezüglich des für die erforderliche Beurteilung maßgeblichen Maßstabs zwei Grundmuster deutlich unterscheiden lassen. Es gibt nämlich einerseits Vorschriften, die gleichsam "offen" auf die Übereinstimmung mit oder den Verstoß gegen eine bestimmte Ordnung, einen angegebenen Maßstab abstellen³, andererseits aber auch Generalklauseln, die keinen expliziten Hinweis auf den Maßstab enthalten, sondern quasi nur das Ergebnis der Beurteilung angeben, indem sie ein Prädikat nennen, das auf den für den Tatbestand geeigneten Sachverhalt zutreffen muß. Während es im ersten Fall darum geht, eine der möglichen sprachlichen Verständnismöglichkeiten der Maßstabsbezeichnung allen anderen vorzuziehen, muß bei der zweiten Alternative die Frage dahingehend gestellt werden, aufgrund welchen Maßstabs bzw. in welcher außerrechtlichen Ordnung die genannten Beurteilungen überhaupt getroffen werden können und welcher der in Betracht kommenden Maßstäbe konkret maßgeblich ist.

¹ Dazu oben Fn. 4, S. 35.

² Hopt (JZ 1975, 344) spricht von der Notwendigkeit juristischer Qualifikation. Röhl (Rechtstatsachenforschung, S. 186 f) ist darin zuzustimmen, daß dabei wertende Entscheidungen notwendig werden.

³ Neben "guten Sitten" und "Verkehrssitten" haben z.B. vor allem im öffentlichen Recht die technischen Regeln große Bedeutung. Wegen der insoweit gebräuchlichen Formulierungen und ihrer unterschiedlichen Tragweite vgl. Breuer, AÖR 1976 (101), 51, 67 f.

Abgesehen von diesen Unterschieden in den ausdrücklichen Angaben hinsichtlich des anzulegenden Maßstabs und den sich daraus ergebenden Eigenheiten bezüglich der Fragestellung ist auch für die Interpretation selbst auf einige bedeutsame Besonderheiten hinzuweisen. Zwar sind auch hier alle der juristischen Interpretation geläufigen Auslegungskriterien¹ zugelassen, während aber für die Ermittlung und Bedeutung des möglichen Wortsinnes², der Vorstellungen des historischen Gesetzgebers³ und des äußeren Systems des Gesetzes⁴ keine Besonderheiten zu verzeichnen sind, müssen bei der teleologischen Interpretation bzw. der Auslegung aus dem inneren System der Rechtsordnung⁵ einige spezielle Gesichtspunkte berücksichtigt werden. So kann teleologische Auslegung nicht auf den Sinn und Zweck der Generalklausel abheben⁶, denn sie ist wertungsmäßig unbestimmt und soll insoweit gerade erst präzisiert werden. Vielmehr geht es um die Herausarbeitung der mit der

¹Vgl. dazu und zu ihrem Zusammenspiel Larenz, ML, S. 332 ff; Bindung des Richters, Festschrift für E.R. Huber, S. 295 f; Engisch, Einführung, S. 77 f; Canaris, System, S. 91 f; Fikentscher, S. 669 ff; Coing, Methodenlehre, S. 28 ff; BVerfGE 11, 125 (130 f), aber auch Esser (Vorverständnis, S. 125 f), der die Methodenwahl als von der Akzeptierbarkeit des Ergebnisses her gesteuert sieht.

²Dazu Larenz, ML, S. 309, 311; Canaris, System, S. 91 Fn. 23; Heck, S. 59 f; Priester, Analogieverbot, JML, S. 160 f, 168.

³Dazu Larenz, ML, S. 315 ff.

⁴Dazu Larenz, ML, S. 311, 313.

⁵Dazu, daß letztere nur die Fortsetzung der ersteren auf einer höheren Stufe darstellt und beiden der höchste Rang unter den Kriterien zukommt, vgl. Canaris, System, S. 91 f.

⁶Wie es für sie bei substantiellen Normen kennzeichnend ist (Canaris, System, S. 91).

Verweisung¹ auf die spezielle Beurteilung verfolgten Ziele. In diesem Zusammenhang gewinnen dann zwei allgemeine Gesichtspunkte erhebliches Gewicht.

Erstens gebührt derjenigen Auslegung der Vorzug, die zur Maßgeblichkeit einer Ordnung führt, deren Ausgestaltung einer nachprüfbaren Ermittlung zugänglich ist. Dafür spricht die Überlegung, daß Gesetzgeber und Gesetz die Zielsetzung einer sinnvollen und das heißt auch praktikablen Regelung unterstellt werden darf und muß. Man wird es auch so ausdrücken dürfen, daß im Zweifelsfalle eine Vermutung für die Verweisung auf denjenigen Maßstab besteht, dessen konkrete Ausgestaltung auch in nachvollziehbarer Weise feststellbar ist. Dieser Gesichtspunkt ist regelmäßig dort² übersehen worden, wo die Rechtsprechung zu dem Ergebnis gelangt ist, daß es darauf ankomme, ob das zu beurteilende Verhalten im Einklang mit dem Sittengesetz stehe³. Ganz abgesehen von dem Umstand, daß das Sittengesetz "des Schutzes durch die Rechtsordnung weder bedarf noch ihm auch nur zugänglich ist"⁴, zeigen sich die Mängel einer solchen Interpretation regelmäßig im weiteren Vorgehen bei der Konkretisierung. Wenn es um die konkrete Ausgestaltung des Maßstabes geht, wird auf rein subjektive Erfahrungen und Bekenntnisse ausgewichen, der fehlende Nachweis wird durch Pathos ersetzt, die

¹ Es ist zu betonen, daß es sich hier nur um die Auslegung der Verweisung als solcher handelt. Wenn Teubner (S. 57 ff) aufgrund einer Funktionsanalyse der Gute-Sitte-Klauseln feststellt, daß aufgrund von Generalklauseln zahlreiche Normbildungen erfolgen, die mit Hilfe der Verweisung nicht zu begründen sind, so ist das zwar unbestreitbar richtig, besagt aber nichts über die Berechtigung dazu und gibt auch keinen Anlaß, von vornherein die in der Generalklausel enthaltene Verweisung umzudeuten. Wegen der rechtlichen Gründe für die teilweise Zulässigkeit solcher Normbildungen vgl. u. 3. Kapitel 2. Abschnitt B.

² Z.B. BGHSt 6,46 ff; 17, 230.

³ Canaris, Lücken, S. 116; Larenz, Rechtsfortbildung, NJW 1965, 8; Bockelmann, JR 1954, 363; Kaufmann, Analogie und Natur der Sache, S. 9; Recht und Sittlichkeit, S. 34, 40 ff; Wieacker, Gesetz und Richterkunst, S. 11 f; Engisch, Einführung, S. 125; Fikentscher, S. 645; Teubner, S. 14; Haberstumpf, S. 34.

⁴ Canaris, Lücken, S. 116 f.

Lösung zwingt zwar die Betroffenen, mangels Nachvollziehbarkeit kann sie aber vielfach nicht überzeugen, was den Wert der Lösung wesentlich vermindert, selbst wenn gegen sie im Ergebnis nichts einzuwenden ist.

Zweitens spielt der Aspekt eine Rolle, welcher der zur Auswahl stehenden Maßstäbe einen näheren Bezug zu dem zu regelnden Problembereich aufweist, welcher also besser für die mit der Verweisung verfolgte Aufgabe der Normbildung für einen speziellen Sachbereich geeignet erscheint. Negativ ergibt sich aus dieser Überlegung, daß eine solche Auslegung ausscheidet, die zur Verbindlichkeit einer Ordnung führen würde, die so wenig Bezug zu eben diesem Regelungsbe-
reich aufweist, daß von einer sinnvollen Regelung des Konkretisierungsverfahrens überhaupt nicht mehr gesprochen werden könnte. Diese Überlegung läßt sich auch aus dem Willkürverbot¹ ableiten. Da dieses auf Art. 3 Abs. 1 GG gestützt wird, kann man hieraus die generalisierende Feststellung entnehmen, daß das Ergebnis der Auslegung verfassungskonform sein muß. Der Grund dafür liegt darin, daß die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers auch hier nicht völlig unbeschränkt ist, sondern sich innerhalb der von der Verfassung gezogenen Grenzen halten muß, und zwar auch in Rechtsgebieten, in denen die unmittelbare Geltung der Grundrechte Zweifeln unterliegt, weil es hier nicht um die unmittelbare sachliche Regelung selbst, sondern um das Verfahren zur ergänzenden Normbildung geht. Es ist zwar zuzugeben, daß die Fälle, in denen bereits die Bestimmung des anzulegenden Maßstabs zu einem Verfassungsverstoß führt, äußerst selten sein werden, völlig ausgeschlossen sind sie jedoch nicht. Als mehr theoretisches Beispiel ließe sich denken, daß in § 138 Abs. 1 BGB anstatt auf die guten Sitten auf die Anschauungen einer bestimmten Religionsgemeinschaft abgestellt würde. Eine solche Verweisung wäre nichtig, weil

¹ Zu diesem Canaris, Tarifdispositive Normen, Gedächtnisschrift für R. Dietz, S. 203 und ausführlich System, S. 125 ff.

sie die verfassungsmäßige Neutralität des Staates und seiner Rechtsordnung gegenüber den verschiedenen Glaubensgemeinschaften verletzte, und zwar völlig unabhängig davon, zu welchen Ergebnissen die Konkretisierung unter Verwendung dieses Maßstabes führen würde. Ein solcher Verfassungsverstoß würde die Generalklausel als Ganzes ergreifen und zu ihrer völligen Nichtigkeit führen¹.

Schließlich ist noch von besonderer Bedeutung, daß im Zweifelsfall und insbesondere dann, wenn die Generalklausel nur ein Wertungsprädikat² und keine ausdrückliche diesbezügliche Anordnung³ enthält, bei der geforderten Beurteilung auf soziale und sozialetische Normen und auf kollektive Wertvorstellungen⁴ als Maßstab zurückgegriffen werden kann und muß⁵. Die Rechtfertigung dafür liegt darin, daß das soziale Normengefüge gleichsam eine Vorstufe der Rechtsordnung darstellt⁶. Soziale und sozialetische Normen sowie kollektive Wertvorstellungen, auf die im wesentlichen

¹ Dazu, daß sowohl die ganze Verweisung als auch das mit ihrer Hilfe gewonnene einzelne Ergebnis gegen ein Verfassungsprinzip verstoßen können vgl. BVerfG, NJW 1972, 573 f. - Eine interessante Parallele bildet die im Spanier-Fall (NJW 1971, 1509 ff) vom BVerfG geforderte ebenfalls zweistufige Kontrolle.

² Vgl. dazu die Einteilung der Wert- und Würdigungsbegriffe in drei Gruppen bei Strache, S. 68 f.

³ Wegen der in wertausfüllungsbedürftigen Begriffen enthaltenen stillschweigenden Verweisung auf außerrechtliche Maßstäbe vgl. Henkel, Rechtsphilosophie, S. 65.

⁴ Zu ihrer Eignung als außerrechtlicher Maßstab und ihrem Verhältnis zu sozialen Normen i.e.S. vgl. Teubner, S. 99 ff, 105 und Haberstumpf, S. 38 f, 64 f.

⁵ So Bockelmann schon in JR 1954, 364 zu dem umstrittenen Kuppelei-Beschluß des Großen Senats für Strafsachen (BGHSt 6, 46 ff). Ebenso Zippelius, Wesen des Rechts, S. 109.

⁶ Esser, Grundbegriffe, S. 28 ff.

auch mit dem Hinweis auf die Natur der Sache verwiesen wird¹, stellen das Reservoir dar, aus dem sich die Rechtsordnung ergänzt². Wenn sie, wenn auch subsidiär, für die Feststellung und Ausfüllung von Lücken in der Rechtsordnung herangezogen werden dürfen³, so muß das im Zweifel auch und erst recht erlaubt sein, wenn es "nur" darum geht, einen Maßstab für eine Beurteilung zu finden, deren Notwendigkeit ebenso feststeht wie die Ermächtigung zur konkretisierenden Normbildung für den durch die bestimmten Merkmale von Tatbestand und Rechtsfolge der Generalklausel abgesteckten Sachbereich⁴. In keinem Fall braucht also die Konkretisierung daran zu scheitern, daß sich ein Maßstab für die erforderliche Beurteilung nicht feststellen läßt.

bb) Die Ermittlung von Modellfällen und ihre Verwertung

Ist auf die beschriebene Weise Klarheit über den der Beurteilung zugrunde zu legenden Maßstab bzw. die für sie maßgebliche Ordnung gewonnen, so gilt es, Lebensvorgänge aus dem von der Generalklausel durch ihre bestimmten Merkmale abgesteckten Sachbereich zu finden, auf die nach dem ermittel-

¹Canaris (Lücken, S. 119 ff), der die Natur der Sache als subsidiäre Rechtsgeltungsquelle versteht. Vgl. aus dem völlig unübersehbar gewordenen Schrifttum zur Natur der Sache Larenz, ML, S. 406 ff, 137 Fn. 35; Rechtsfortbildung, NJW 1965, 5; Wegweiser, Festschrift für Nikisch, S. 287; Engisch, Gerechtigkeit, S. 232 ff; Betti, Festschrift für Engisch, S. 221 f; Kaufmann, Analogie und Natur der Sache, durchgehend; Wozu Rechtsphilosophie heute, S. 62 ff; Dreier, Zum Begriff der "Natur der Sache"; Baratta, Festschrift für Erik Wolf, S. 149 ff; Jørgensen, S. 105.

²Der Rückgriff auf die Rechtsordnung zur Ermittlung der erforderlichen Leitbilder (so Zippelius, Wesen des Rechts, S. 119 f) führt aber nicht weiter. Rechtliche Wertungen beeinflussen zwar die Entwicklung sozialer Anschauungen und Normen zu ungelösten Fragen, für deren Feststellung geben sie aber nichts her.

³Canaris, Lücken, S. 121. Vgl. dazu auch Larenz, ML, S. 406 ff.

⁴Wegen weiterer Argumente für die Annahme der Rezeption sozialer Normen Haberstumpf, S. 37.

ten Maßstab die geforderte Beurteilung zutrifft¹, um deren tatsächliche Merkmale dann in den Tatbestand der neu zu bildenden Norm einzubauen.

Die Suche nach Lebensvorgängen, die nach dem ermittelten Maßstab in der geforderten Weise zu beurteilen sind, setzt Kenntnisse aus eben dieser maßgeblichen Ordnung voraus. Damit ist die Frage aufgeworfen, was bezüglich entsprechender eigener Kenntnisse des "Rechtsanwenders", insbesondere des Richters, zu gelten hat bzw. wie zu verfahren ist, wenn ihm solche fehlen.

Was die eigenen Kenntnisse des Richters anbetrifft, so gilt folgendes: Ihre Verwertung ist dem Richter nicht nur uneingeschränkt erlaubt, sondern er entscheidet auch selbst darüber, ob er über die notwendigen Kenntnisse verfügt oder nicht² und er braucht darüberhinaus nicht einmal anzugeben, woher er seine vielleicht sehr speziellen Kenntnisse bezogen hat³. Der Richter ist lediglich aus prozessualen Gründen, nämlich zur Vermeidung von Überraschungsentscheidungen, gehalten, sein Erfahrungswissen, auf das er sich für die Entscheidungen stützen will, den Parteien bekanntzugeben, damit sie dazu Stellung nehmen können⁴, und auch das ist in denjenigen Fällen entbehrlich, in denen es für seine Entscheidung nur auf Sätze der allgemeinen Lebenserfahrung⁵ bzw. allgemeine soziale Normen oder kollektive Wertvorstellungen ankommt, denn deren Kenntnis kann bei den Parteien ebenso

¹Zur Bedeutung von Beispielsfällen für die Einführung und den weiteren Gebrauch juristischer Ausdrücke vgl. Haberstumpf, S. 26 Fn. 34.

²Ebenso BGH, JZ 1968, 670, Kaiser, NJW 1975, 2238.

³BGH, JZ 1968, 670; Döhring, JZ 1968, 646.

⁴BGH, JZ 1968, 670 f; zustimmend Döhring, JZ 1968, 642 f. Nachdem § 278 Abs. 3 ZPO nunmehr sogar eine Hinweispflicht auf übersehene rechtliche Gesichtspunkte statuiert, wird das erst recht zu gelten haben.

⁵Diese Einschränkung macht der BGH a.a.O., zustimmend Döhring, a.a.O.

unterstellt werden, wie sie sich der Richter selbst zutrauen darf¹.

Fehlt ihm das erforderliche Wissen, so bietet sich nur der Ausweg an, einen Sachverständigen hinzuzuziehen und von diesem die Fälle benennen zu lassen, in denen das geforderte Urteil berechtigt ist². Alle anderen denkbaren Möglichkeiten sind verschlossen, denn die Forderung, daß der Richter die Kenntnis selbst erwerben müsse, wäre völlig unzumutbar und nicht praktikabel und gegen seine Entscheidung aufgrund seiner "laienhaften" eigenen Vorstellungen über das entsprechende Gebiet bestünden die gleichen Bedenken wie gegen eine überhaupt nicht an einem nachprüfbaren Maßstab orientierte Beurteilung³. Was für das Fehlen spezieller Kenntnisse des Richters dargelegt wurde, gilt in gleicher Weise für den Fall, daß der Richter zwar über Spezialwissen verfügt, es aber Erkenntnisse gibt, die seinen eigenen überlegen sind; sie muß der Richter, gegebenenfalls wiederum mit Unterstützung durch einen Sachverständigen, berücksichtigen⁴. Das hat besondere Bedeutung für Fälle der Verwendung von Wertungs- und Würdigungsbegriffen und überhaupt der Verweisung auf allgemeine soziale Normen und kollektive Wertvorstellungen, weil nach den vorstehenden Grundsätzen der Richter in diesen Fällen bei Vorliegen einschlägiger soziologischer Forschungsergebnisse⁵ zu ih-

¹ Ebenso Esser (Grundsatz und Norm, S. 82) und Rüthers (Unbegrenzte Auslegung, S. 269), der auch zutreffend hervorhebt, daß die entsprechende Fragestellung ein wertendes Element enthält. Insoweit ebenso Teubner, S. 67; Röhl, Rechtstatsachenforschung, S. 152; Haberstumpf, S. 39.

² So grundsätzlich auch Larenz, ML, S. 452. Ebenso Breuer (AöR 1976 (101), 85) für Fragen der Technik.

³ Zu beachten ist die von Breuer (a.a.O.) erörterte Möglichkeit, technische Regeln bestimmter Verbände oder Ausschüsse als eine "Art antizipiertes Sachverständigengutachten" zu behandeln und einen speziellen Sachverständigen nur zu der Frage zu hören, ob die betreffende technische Regel eine qualifizierte sachverständige Äußerung bildet.

⁴ Kaiser, NJW 1975, 2238.

⁵ Als Modell für die Ermittlung sozialer Normen verdient das von Teubner (S. 68 ff) vorgelegte Zustimmung. Zu beachten ist die Bemerkung Scheyhings (S. 12), daß ins Auge fallende öffentliche Kontroversen über in Frage stehende soziale Normen Unsicherheit bei der Rechtsfindung erzeugen.

rer Verwertung sowohl berechtigt als auch verpflichtet ist. Damit ist aber andererseits auch die Grenze der Verpflichtung des Richters zur Berücksichtigung fremder Erkenntnisse erreicht. Insbesondere muß er angesichts der insoweit bestehenden ungeklärten Fragen vor allem verfahrensrechtlicher Art¹ keine Untersuchungen zu einem noch nicht näher erforschten Bereich der maßgeblichen Ordnung veranlassen, um vielleicht eine sonst nicht zu rechtfertigende Normbildung zu ermöglichen. Ein solches Vorgehen ist ihm nicht einmal gestattet, vielmehr muß in einem solchen Falle die Normbildung unterbleiben, wenn sie nicht auf einem der noch zu erörternden Wege erfolgen kann.

Soweit sich aufgrund des als verbindlich ermittelten Maßstabs Lebensvorgänge auffinden lassen, auf die die geforderte Beurteilung zutrifft, stellt sich die Frage, welche der diese Vorgänge kennzeichnenden Merkmale für die Komplettierung des Tatbestandes der zu bildenden Norm zu verwenden sind und in welche Gestalt sie gebracht werden müssen, damit das erfolgen kann. Der Kreis der im Tatbestand zu berücksichtigenden tatsächlichen Merkmale ist dadurch eingegrenzt, daß sie das geforderte Werturteil mittragen müssen. Alle Merkmale, die für die geforderte Beurteilung ohne Bedeutung sind, haben auch bei der Tatbestandsbildung außer Betracht zu bleiben, weil sich für ihre Relevanz aus

¹ Diese Feststellung treffen auch Röhl (AcP 1972 (172), 559 f; Rechtstatsachenforschung, S. 305 f, 309) und Hopt (JZ 1975, 348). Larenz (ML, S. 452) läßt diese Frage offen. Bei Teubner fehlt eine ausdrückliche Stellungnahme zu den Möglichkeiten und Grenzen für die Einführung in den Prozeß, das Verlangen nach genauer Bestimmung des zu bewertenden Verhaltensmodells "wie es der richterlichen Forderung nach 'Würdigung aller Umstände' entspricht" (S. 80), scheint für die Annahme zu sprechen, daß er die Vornahme speziell auf den Prozeßfall zugeschnittener soziologischer Untersuchungen für zulässig hält. - Wegen verschiedener Möglichkeiten de lege ferenda vgl. Hopt, a.a.O.

der Generalklausel nichts entnehmen läßt und sie den Tatbestand in nicht begründeter Weise einengen würden. Umgekehrt sind aber auch alle Merkmale, die für die Bewertung eine Rolle spielen, in die Norm aufzunehmen, weil sonst der Tatbestand weiter würde, als sich aufgrund des Werturteils rechtfertigen läßt.

Die an die Fassung der zu berücksichtigenden Merkmale zu stellenden Anforderungen ergeben sich aus ihrer Funktion als Tatbestandsmerkmale. Daraus leitet sich ab, daß es sich um tatsächliche Merkmale handeln muß, die aufgrund ihrer generellen Fassung geeignet sind, den Lebensvorgang als einen als solchen beliebig oft wiederholbaren zu kennzeichnen, nicht aber um Elemente, die dazu dienen, den einzelnen Vorgang zu individualisieren¹. Über den Grad der Spezialisierung² der Tatbestandselemente läßt sich dagegen nichts allgemein Gültiges sagen, die Grenzen ihrer unmittelbar möglichen Generalisierung im Interesse einer möglichst umfangreichen inhaltlichen Präzisierung der Generalklausel ergeben sich daraus, daß die Berechtigung der geforderten Beurteilung gesichert bleiben muß. Das aber ist regelmäßig mit zunehmender Generalisierung immer weniger gewährleistet, weil gesicherte Normen in den meisten außerrechtlichen Verweisungsbereichen und insbesondere im Bereich der vielfach heranzuziehenden sozialen Normen nur

¹ Larenz (Wegweiser, Festschrift für Nikisch, S. 294) hebt gegenüber Henkels Hinweis auf die zu erfassende "relative Individualität" (vgl. dazu Rechtsphilosophie, S. 473) zu Recht hervor, "daß die Individualität des Falles im strengen Sinne nicht in die rechtliche Würdigung einzugehen vermag". Bei Henkels für die Gegenmeinung bei Generalklauseln angeführten Beispielen (a.a.O. S. 478) handelt es sich auch durchweg um spezialisierende und nicht um individualisierende Beurteilung. Vgl. zu der Frage auch Larenz, Bindungswirkung, Festschrift für Schima, S. 255 Fn. 19; Canaris, System, S. 17 Fn. 33; Engisch, Konkretisierung, S. 199 f, 221 ff; Hruschka, Konstitution, S. 62, Kaufmann, Wozu Rechtsphilosophie heute, S. 32; Gesetz und Recht, Festschrift für Erik Wolf, S. 385; Leenen, S. 70, Strache, S. 77, 85. Mißverständlich Lautmann, S. 13; unrichtig Kramm, S. 76.

² Engisch (Konkretisierung, S. 77 f, 153 ff, 222 f, zustimmend Schweizer, S. 78) betont zu Recht, daß es sich um (möglicherweise sehr weitgehende) Spezialisierung handelt.

für typische Situationen und Vorgänge existieren¹; ihre Generalisierung ist dem Rechtsanwender versperrt². Eine ganz andere, noch näher zu erörternde Frage ist es, ob unter rechtlichen Gesichtspunkten eine Gleichstellung weiterer Sachverhalte begründet werden kann.

Mit der Aufnahme der möglichst generell gefaßten tatsächlichen Merkmale, die die geforderte Beurteilung tragen, in den Tatbestand der zu bildenden Norm scheint diese vervollständigt, die Konkretisierung der Generalklausel für einen Ausschnitt ihres Gesamtregelungsbereichs abgeschlossen zu sein, da aus der Generalklausel selbst weitere Voraussetzungen nicht zu entnehmen sind³. Es bleibt aber zu überlegen, ob die Konkretisierung nicht noch anderen Anforderungen genügen muß, die aus rechtlichen Gründen an jede nicht im Wege der Gesetzgebung erfolgende Rechtsschöpfung zu stellen sind.

3) Die rechtliche Kontrolle

Es geht um die Frage, in welchem Verhältnis die gebildete Norm und die sich aus ihr ergebende rechtliche Wertung⁴ zu bestehenden rechtlichen Wertungen stehen. Die Antwort kann hier wie im Lückenbereich⁵ nur lauten, daß die vorhandenen rechtlichen Wertungen Vorrang haben und unberührt

¹ Zippelius, Legitimation, Festschrift für Larenz, S. 301; ML, S. 56; Strache, S. 77; J. Ipsen, S. 74. Das gleiche dürfte gemeint sein, wenn Teubner (S. 81) feststellt, daß bei Schwankungsbreiten des Maßstabs nur die Grenzüberschreitungen als Verstoß herangezogen werden können.

² Sie liefere auf das gleiche hinaus, wie wenn man ihn die geforderte Beurteilung nach seinen eigenen Vorstellungen vornehmen ließe.

³ Rütters, Unbegrenzte Auslegung, S. 264.

⁴ In der Terminologie Podlechs (AÖR 1970 (95), 199 f) handelt es sich dabei um die Wertung ihrer Folgen.

⁵ Vgl. dazu aus dem schweizerischen Schrifttum, wo Generalklauseln durchweg den Lücken zugerechnet werden, Germann, Grundlagen, S. 93; Meier-Hayoz, Richter als Gesetzgeber, S. 156; Merz, Auslegung, AcP 1964 (163), 333, 335.

bleiben müssen¹. Dagegen kann man auch nicht einwenden, daß die gebildete Norm unter Beachtung eines Verfahrens gewonnen werde, das vom Gesetz legitimiert sei und ihr samt der aus ihr zu entnehmenden Wertung daher die gleiche Autorität und der gleiche Rang zukomme wie der gesetzlichen Wertung, mit der sie möglicherweise kollidiere. Die konkrete sich ergebende Wertung ist nämlich nicht vom Gesetz gedeckt. Das ergibt sich daraus, daß die Generalklausel gerade deshalb mit der speziellen Technik der Verweisung auf eine bestimmte Beurteilung arbeitet, weil eine wertungsmäßige Festlegung durch das Gesetz selbst nicht erreichbar ist. Dieses Verfahren ist vielmehr überhaupt nur vertretbar, weil es unter dem selbstverständlichen Vorbehalt steht, daß vorhandene rechtliche Wertungen unberührt bleiben². Im umgekehrten Fall würde jede Generalklausel eine potentielle Grundlage zur unkontrollierten Schaffung von Wertungswidersprüchen³ darstellen. Mit der Möglichkeit zur Ergänzung der Rechtsordnung würde gleichzeitig durch die Generalklausel ein Weg zur Beeinträchtigung ihrer Einheitlichkeit und Folgerichtigkeit⁴ eröffnet. Im Ergebnis fordert daher der Sy-

¹Canaris, System, S. 97 ff; Tarifdispositive Normen, Gedächtnisschrift für R. Dietz, S. 202 f; Larenz, Kennzeichen, S. 6 ff; Merz, Dauer und Wandel, ZSR 1973, 340; Hilger, Festschrift für Larenz, S. 112 f. - In der Formulierung Podlechs (a.a.O. S. 200) geht es darum, daß nicht jeder Versuch der Reduktion der Normhypothese zu einer Wertung führen darf, die rechtlich unzulässig ist.

²Heck, S. 132, 175; Ohlmer, S. 72; Arndt, S. 11. Mißverständnis ist die Vorstellung Dubischars (S. 66), daß der Beurteilungsmaßstab bereits ein gefilterter sei. - Bei den Gesetzesberatungen des BGB hatte der Abgeordnete Hausmann bereits hervorgehoben, daß die "Guten Sitten" sich innerhalb der Rechtsordnung bewegen müßten (Mugdan Bd. I. 1012, zitiert nach Schricker, S. 189).

³Zu ihrer Abgrenzung von anderen Erscheinungen grundlegend Canaris, System, S. 113 ff.

⁴Beide sind "Emanationen und Postulate der Rechtsidee" (Canaris, Lücken, S. 110; System, S. 16 ff).

sterngedanke den Vorrang und die entsprechende Beachtung der vorhandenen rechtlichen Wertungen¹. Es bleibt aber zu fragen, ob gewährleistet ist, daß die gebildete substantielle Norm mit den vorhandenen rechtlichen Wertungen in Einklang steht bzw. wie dies, wenn es erforderlich ist, erreicht werden kann.

Sicher ist nur, daß der Gesetzgeber selbst, auch wenn er sich ganz bewußt darum bemüht, nicht endgültig sicherstellen kann, daß keine Widersprüche zwischen vorhandenen und den zu schaffenden Wertungen auftreten können. Wenn Widersprüche sogar zwischen gesetzlichen Wertungen nicht gänzlich auszuschließen sind, so kann das umso weniger gelten, wenn neue Wertungen in Frage stehen, die nur das Ergebnis eines gesetzlich zugelassenen Rechtsschöpfungsvorgangs eigener Art sind. Trotz sinnvoller Wahl der für die Tatbestandsbildung zu fordernden Beurteilung und Verfassungsmäßigkeit des dafür heranzuziehenden Maßstabes, kann die Konkretisierung zu Normschöpfungen führen, die mit bestehenden rechtlichen Wertungen kollidieren, denn beides läßt die Frage der Systemverträglichkeit der neuen Regelung notwendigerweise völlig unberührt. Sie kann überhaupt erst sinnvoll gestellt werden, wenn diese Regelung als Hypothese bekannt ist. Ihre Prüfung muß daher an dieser Stelle des Konkretisierungsverfahrens eingeschaltet werden². In der Sache handelt es sich um einen parallelen Vorgang bei der Generalklausel zu der von substantiellen Normen bekannten Auslegung aus dem inneren System der Rechts-

¹ Canaris, System, S. 98 ff; Larenz, Kennzeichen, S. 6 ff, 13; ML, S. 458 ff; ebenso Göldner (S. 108) im Zusammenhang mit Verfassungsprinzipien. Das System ist aber nicht als fertiges zu denken, es ist zugleich vor- und aufgegeben (Canaris a.a.O. S. 106), und das schließt Modifikationen nicht aus. Dazu auch Esser, Gerechtigkeitstheorie, Festschrift gewidmet der Tübinger Juristenfakultät, S. 124 und Gernhuber ebenda S. 196.

² Larenz, ML, S. 274; Teubner, S. 91. Entgegen der Ansicht Teubners (S. 67) ist die Notwendigkeit der Kontrolle aber nicht eine Folge des angeblichen Funktionswandels der Gute-Sitte-Klauseln. Automatische Rezeption ist auch von den Gerichten seit jeher abgelehnt worden. Daher kann auch der entsprechenden Forderung Birkes (S. 51 ff) nicht gefolgt werden.

ordnung¹. Allerdings erfüllt diese rechtliche Kontrolle isoliert nur eine der von der systematischen Auslegung her bekannten Funktionen. Systematische Auslegung kann sowohl zur Nichtanwendung der Bestimmung auf vom möglichen Wort-sinn durchaus umfaßte Fälle als auch zur Anwendung auf zunächst nicht bedachte, nicht in den Kernbereich fallende Vorgänge führen. Dagegen kann die Überprüfung der Norm-bildung auf ihre Systemverträglichkeit nur ihre Ausschaltung als Konkretisierung bewirken. Ob die Berücksichtigung des bestehenden Systems neben der Einschränkung der Generalklausel durch Verwerfung sonst möglicher Konkretisierungen auch zur Ausdehnung der sachlichen Tragweite der Generalklausel auf weitere, nicht unmittelbar aus ihr selbst zu gewinnende substantielle Normen führen kann, muß in einem anderen Zusammenhang erörtert werden.

Zwei Momente verdienen bei der rechtlichen Kontrolle der Normhypothese besondere Beachtung. Erstens muß die gebildete Norm nur an den rechtlichen Wertungen gemessen werden, die Gültigkeit in demjenigen Teil der Rechtsordnung haben, dem auch die Generalklausel angehört. Mit allen anderen Wertungen ist eine Kollision von vornherein ausgeschlossen, auf sie braucht die Kontrolle nicht erstreckt zu werden. Zweitens kann es hier "nur" darum gehen, die Vereinbarkeit der geschaffenen Regelung mit den die Einheit des fraglichen Teils der Rechtsordnung repräsentierenden², "hinter" ihren Einzelvorschriften stehenden allgemeinen Rechtsgedanken³ in der Form von materialen Rechtsprinzipien⁴ zu untersuchen. Diese zeichnen sich aber da-

¹Man kann auch von der Berücksichtigung von "Fernwirkungen" anderer gesetzlicher Bestimmungen sprechen. Vgl. dazu Heck, S. 132, 175; Canaris, Tarifdispositive Normen, Gedächtnisschrift für R. Dietz, S. 202 f.

²Dazu, daß es materiale Prinzipien gibt, die der Rechtsordnung nicht angehören, vgl. Canaris, Lücken, S. 95.

³Larenz (Grundformen, Festschrift für Walter Wilburg, S. 223) nennt sie auch "Leitgedanken" und "rationes legis".

⁴Die Terminologie folgt Canaris, Lücken, S. 93 ff. Vgl. auch Göldner, S. 23 f. Zu beachten ist, daß die Allgemeinheit materialer Rechtsprinzipien ein relatives Kriterium darstellt (Canaris, System, S. 47 f.).

durch aus, daß sie zueinander in Gegensatz treten und sich gegenseitig ergänzen und beschränken können¹ und zu ihrer Verwirklichung der näheren Präzisierung durch Unterprinzipien und Einzelwertungen bedürfen². Mann kann daher sagen, daß die Prinzipien selbst für die Regelung spezieller Rechtsfragen gewissermaßen nur einen Rahmen darstellen, in dem diese sich halten muß. Im vorliegenden Zusammenhang ist daher nur festzustellen, ob die relevanten Rechtsprinzipien bei der Konkretisierung gewahrt bleiben bzw. ob eine Beschränkung oder Durchbrechung aus der besonderen Gestaltung der in Frage stehenden Situation gerechtfertigt werden kann. Nur wenn dieser Nachweis nicht zu erbringen ist, kann von einem Widerspruch der gebildeten Norm zu dem Prinzip gesprochen werden, der die Folge hat, daß diese Konkretisierung zu unterbleiben hat³, andernfalls ist gegen sie nichts einzuwenden.

Ein Sonderfall dieser Kontrolle des vorläufigen Konkretisierungsergebnisses ist seine Prüfung an den materialen Verfassungsprinzipien⁴. Ausgangspunkt aller Überlegungen muß sein, daß jenseits der Frage nach der unmittelbaren Anwendbarkeit der Grundrechtsbestimmungen von der Feststellung auszugehen ist, daß diesen Grundrechtsnormen⁵ materia-

¹ Canaris, Lücken, S. 96, 161 ff; System, S. 52 ff; Larenz, ML, S. 461; Grundformen, Festschrift für Walter Wilburg, S. 223.

² Canaris, Lücken, S. 94 Fn. 123, S. 161 ff; Larenz, Grundformen, Festschrift für Walter Wilburg, S. 223 f.

³ Nach Larenz (Grundsätzliches zu § 138 BGB, Juristen-Jahrbuch 1966/67, S. 119; AT, S. 373) hat die Verweisung auf außerrechtliche Maßstäbe nur insoweit Gültigkeit, als diese Grundsätze den Wertungen der Rechtsordnung nicht widersprechen. Ganz ähnlich Esser (Grundsatz und Norm, S. 224), wenn er feststellt, daß die Systemprinzipien die Standards begrenzen.

⁴ Vgl. Larenz, ML, S. 208: "Zum Teil sind sie (die Rechtsprinzipien) heute im GG ausgesprochen und haben damit Verfassungsrang". Ebenso a.a.O. S. 411; Göldner, S. 23 ff.

⁵ Aber nicht nur ihnen, sondern auch anderen Verfassungsbestimmungen. So mit Recht Göldner, S. 34.

le Verfassungsprinzipien zugrunde liegen, die in der gesamten Rechtsordnung Geltung beanspruchen¹. Daher müssen Konkretisierungen von Generalklauseln aus allen Teilbereichen der Rechtsordnung mit ihnen vereinbar sein². So wie bei den materialen Rechtsprinzipien ohne Verfassungsrang gilt aber auch hier, daß die Prinzipien nur einen Rahmen abstecken³, innerhalb dessen sich die ergänzende Rechtsfindung durch Konkretisierung von Generalklauseln halten muß, den sie nicht überschreiten darf. Nur wenn das doch der Fall ist, kann die gefundene substantielle Regelung keinen Bestand haben⁴. Praktisch werden Kollisionen bei methodisch korrekter Konkretisierung der Generalklausel noch aus einem weiteren Grunde selten sein. Die Mehrzahl der Generalklau-

¹Göldner, S. 34 f. In der Sache bedeutet die Redeweise von "Werten" (Dürig, Festschrift für Nawiasky, S. 176; BVerfGE 7, 198 (205 ff), NJW 1969, 1161; 1973, 1221 (1223)) keine Abweichung, weil Prinzipien nur eine nähere Konkretisierung darstellen. - Die gegenständliche Reichweite des jeweiligen Prinzips ist eine Frage seines Sachinhalts, die durch die Grundrechtsausformung nicht beeinträchtigt wird (Göldner, S. 35). Die Drittwirkungstheorie hat hier insoweit Bedeutung, als sie zur Feststellung von potentiell sachlich relevanten materialen Verfassungsprinzipien führt. Vgl. auch Göldner, S. 55 Fn. 70, wonach die aus der Verfassung zu gewinnenden Prinzipien universalen Charakters der Vorstellung eines allgemeinen Teils entsprechen. Ganz ähnlich Schmidt-Salzer, NJW 1970, 12 f; Larenz, AT, S. 373; Esser-Schmidt § 2 II 1; Raiser, B 19, 29.

²BVerfGE 7, 198 (212); 12, 113 (124); Larenz, AT, S. 373; Esser-Schmidt § 2 II 1; Raiser, B 19, 29; Flume, AT, § 1 10 b; Stein, NJW 1964, 1747.

³So Göldner (S. 143 f), der von einem grundsätzlich bestehenden Spielraum für die Regelung von Einzelproblemen spricht.

⁴Göldner (S. 208) dürfte bei seiner These vom Vorrang der gesetzlichen Regelbildung zwar vornehmlich substantielle gesetzliche Normen im Auge haben, sie gilt aber auch für Regeln, die im Wege eines speziellen gesetzlich angeordneten Regelbildungsverfahrens geschaffen werden.

seln verweisen für ihre Präzisierung auf soziale und sozialethische Normen sowie die aus diesen Bereichen zu gewinnenden Modelle. Verfassungsprinzipien können aber ebenfalls kaum anders als durch Anknüpfung an gesellschaftspolitisch anerkannte Leitbilder inhaltliche Konturen erlangen¹. Die Folge ist, daß man in den meisten bedeutenden Generalklauseln auch des Privatrechts eben die Modellvorstellungen wiederfindet, die auch die Verfassungsprinzipien prägen. Gleichwohl sind Kollisionen nicht ausgeschlossen, auch hier haben Konkretisierungen, die dazu führen würden, keinen Bestand. Die rechtliche Kontrolle an den materialen Verfassungsprinzipien stellt sich somit als Parallele zu derjenigen Funktion² der verfassungskonformen Auslegung, die ihrerseits wiederum ein Sonderfall der systematischen ist³, dar, mit der sie darauf abzielt zu vermeiden, daß die Auslegung zur Bildung eines Obersatzes führt, der mit einem Verfassungsprinzip in Widerspruch stünde.

Als gesichert läßt sich an dieser Stelle folgendes feststellen: Hält die gefundene substantielle Norm der rechtlichen Kontrolle stand, so ist die Konkretisierung inso-

¹Vgl. den Hinweis von Larenz (Grundsätzliches zu § 138 BGB, Juristen-Jahrbuch 1966/67, 118) auf die gemeinsamen Wurzeln der "herrschenden Moral" einschließlich der Geschäftsmoral und der rechtsethischen Prinzipien der Rechtsordnung.

²Das im Zusammenhang mit der Normenkontrolle zu sehende Ziel der Normerhaltung erfaßt nur einen Aspekt (Göldner, S. 46 f). Vgl. aber auch Seetzen (NJW 1976, 2001), der die Grenzen dort sieht, wo nach den herkömmlichen Auslegungsgrundsätzen ohne Ausscheidung denkbarer Ergebnisse als verfassungswidrig noch eine vertretbare Lösung erreichbar ist.

³Canaris (System, S. 130 Fn. 65) spricht von einem Unterfall der Auslegung aus dem inneren System. Ebenso Engisch, Einführung, Fn. 82 b; Göldner, S. 66 f; sinngemäß Fikentscher, S. 687; BayVerfGE 12,61. - Vgl. aber auch J. Ipsen (S. 168 f), der beispielhaft für die Autoren steht, die darin kein Regelprinzip jeder Rechtsanwendung, sondern nur einen Sonderfall der Normenkontrolle sehen. Vgl. dazu auch Müller, Methodik, S. 64 f.

weit beendet, das Ergebnis ist endgültig¹. Das gleiche gilt im umgekehrten Falle. Ist die gefundene Regelung mit einer vorhandenen Wertung nicht zu vereinbaren², so steht fest, daß die Generalklausel diesen Inhalt nicht haben kann, weil die Rechtfertigung auch durch ein anderes Vorgehen nicht erbracht werden kann.

4) Beispiele

Der soeben beschriebene Vorgang der unmittelbar aus der Generalklausel heraus erfolgenden Konkretisierung soll an einigen Beispielen nochmals nachvollzogen werden.

Wie bereits erwähnt, gehört § 138 Abs. 1 BGB zu der Gruppe der hier behandelten Generalklauseln, bei denen die Unbestimmtheit nur den Tatbestand betrifft. Als Rechtsfolge aller Konkretisierungen kommt nur Nichtigkeit in Frage, als einziges bestimmtes Tatbestandsmerkmal liegt das des Rechtsgeschäfts fest. Die weiteren tatsächlichen Merkmale des Tatbestands der Konkretisierung sind dadurch zu gewinnen, daß nach solchen Rechtsgeschäften gesucht wird, die gegen die guten Sitten verstoßen, und deren für dieses Urteil tragende tatsächlichen Merkmale ermittelt werden. § 138 Abs. 1 BGB gehört daher ersichtlich zu jener Untergruppe der hier behandelten Generalklauseln, die für die endgültige Tatbestandsbildung offen einen Maßstab bezeichnen und auf Übereinstimmung mit oder Verstoß gegen diesen Maßstab abstellen.

¹ Wie Paulus (Juristen-Jahrbuch 1965/66, 156) nachgewiesen hat, scheitert z.B. die Konkretisierung des § 138 Abs. 1 BGB in den Fällen verdeckter Kreditsicherung bei Arglosigkeit des Schuldners nicht einmal am Widerspruch zu den Grundsätzen der Absichtsanfechtung, weil dort die Benachteiligungsabsicht des Schuldners erforderlich wäre.

² Bedenklich ist insoweit z.B. die Berücksichtigung der bei sog. Geliebten-Testamenten regelmäßig vorliegenden Zurücksetzung der nächsten Angehörigen und der Zumutbarkeit für diese (so BGH, NJW 1970, 1273, 1973, 1645 f), weil insoweit die Testierfreiheit nur durch die Pflichtteilsbestimmungen beschränkt ist. Ebenso Henrich, JA 1976, ZR S. 99.

Die maßgebliche Bedeutung der Bezeichnung "gute Sitten" ist durch Auslegung zu ermitteln¹. "Sitten" und "Gebräuche" stellen anerkanntermaßen vorrechtliche Verhaltensmuster dar, die konventionellen Charakter haben², d.h. von der gemeinsamen Überzeugung der Gesellschaft oder einzelner Gruppen getragen sind. Auch die von der Rechtsprechung benutzte Formel vom "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" bringt trotz ihres Pathos und ihrer eigenen Unbestimmtheit³ zum Ausdruck, daß es um anerkannte soziale Normen, um die Vorstellungen der Durchschnittsbürger⁴ von korrektem Verhalten geht⁵. Dagegen findet die Annahme, daß es sich auch⁶ um eine Bezugnahme auf die der Rechtsordnung immanenten materialen Prinzipien handelt, keine Grundlage im Text der Vorschrift⁷. Sie ist vielmehr

¹ Es geht nicht um die allgemeine Bestimmung der ratio der Vorschrift, die mit Mayer-Maly (Sittenwidrigkeit, S. 19) darin zu sehen ist, rechtsgeschäftlichen Regelungen die Geltung vorzuenthalten, weil ihr Inhalt oder ihre Auswirkungen sehr unerwünscht sind.

² Die Kontroversen um die präzise Ermittlung des gemeinten Maßstabs können hier nicht nachgezeichnet werden. Vgl. dazu den Überblick bei Teubner, S. 13 ff. Zum Konventionalcharakter der mit den "Guten Sitten" in Bezug genommenen Normen vgl. auch Schricker, S. 202.

³ Darin, daß sie nicht als Definition der "Guten Sitten" angesehen werden kann, ist Haberstumpf (S. 29 Fn. 1) zuzustimmen.

⁴ Daraus ergibt sich z.B., daß es nicht auf die Vorstellungen bestimmter Kreise ankommt (Wieacker, Gesetz und Richterkunst, S. 13). Das hat u.a. auch die Konsequenz, daß ein gegen die herrschende Standesauffassung verstoßendes Rechtsgeschäft eines Architekten nicht ipso facto gegen die guten Sitten verstößt (BGH, NJW 1973, 315 f).

⁵ A.A. freilich Haberstumpf (S. 73 ff), der die Anstandsformel als reine Leerformel ansieht.

⁶ Nach der Ansicht von Pawlowski (ARSP 1964, 509, 513) liegt ein Verstoß gegen § 138 Abs. 1 BGB sogar nur bei Unvereinbarkeit mit ihnen vor.

⁷ A.A. Larenz (Grundsätzliches zu § 138 BGB, Juristen-Jahrbuch 1966/67, S. 109 f, 116 ff, 123; AT, S. 371 f), der den Grund darin sieht, daß die materialen Prinzipien Ausdruck der in der Rechts- und Kulturgemeinschaft gültigen Sozialethik im weitesten Sinne seien.

die Folge der Vorwegnahme ihrer regelmäßigen Wirkung¹, die darin begründet ist, daß die Vorstellungen von korrektem Verhalten entscheidend von der ausgeformten Rechtsordnung mit geprägt werden.

Die Konsequenz dieser Auffassung zeigt sich in jenen nicht sehr häufigen Fällen, in denen die Auffassungen der Durchschnittsbürger nicht oder nicht mehr mit der Rechtsordnung in Einklang stehen. In diesen Fällen kommt unmittelbare Konkretisierung des § 138 Abs. 1 BGB nicht in Frage, sondern die Regelung der Nichtigkeit eines gegen solche rechtlichen Werte verstoßenden Rechtsgeschäfts kann methodisch sauber nur im Wege der noch zu erörternden, an gesicherte Normbildungen anknüpfenden Konkretisierung oder durch Lückenfeststellung und -ausfüllung erfolgen.

Forscht man nun nach Rechtsgeschäften, die nach anerkannten sozialen Grundsätzen abzulehnen sind, so stößt man auf zahlreiche im Hinblick auf diese geforderte Beurteilung keinem Zweifel unterliegende Konstellationen, die daher zur Bildung von substantiellen Normen, die § 138 Abs. 1 BGB konkretisieren, verwendet werden können. So verstößt es sicher gegen anerkannte soziale Normen, wenn jemand sich einem anderen gegenüber für ein Entgelt verpflichtet, einen Dritten zu verprügeln. Nimmt man diese Kennzeichnung des Rechtsgeschäfts in den Tatbestand der zu bildenden Norm auf, so ergibt sich als Konkretisierung des § 138 Abs. 1 BGB die Bestimmung: Ein Rechtsgeschäft, mit dem sich jemand einem anderen gegenüber für ein Entgelt verpflichtet, einen Dritten zu verprügeln, ist nichtig. Sie hält auch der rechtlichen Kontrolle

¹ In diesem Sinne kann die Äußerung Coings (Allgemeine Rechtsgrundsätze, NJW 1947/48, 213) verstanden werden, daß Generalklauseln sich erst in längerer Praxis zu konkreten Grundsätzen verdichten. Ähnlich wie der Text (vgl. dazu unten B. 1. a, b) wohl Steindorff (Summum ius - summa iniuria, S. 71 ff), wenn er davon spricht, daß die Rspr. zu den guten Sitten u.a. dem Institutionenschutz dient oder Ordnungsprinzipien entwickelt.

stand, weil sie nicht nur mit keiner rechtlichen Wertung kollidiert, sondern mit dem Prinzip des Schutzes der körperlichen Unversehrtheit übereinstimmt.

Ebenso stehen Mietverträge insoweit im Widerspruch zu den anerkannten Normen des sozialen Zusammenlebens, als dem Mieter ohne ersichtlichen Grund untersagt ist, in der gemieteten Wohnung mit einer Waschmaschine zu waschen. Gegen die die Nichtigkeit solcher Vertragsteile anordnende Regelung bestehen keine Bedenken wegen vorhandener rechtlicher Wertungen. Die Regelung ist daher als Konkretisierung der Generalklausel des § 138 Abs. 1 BGB anzuerkennen¹.

Allgemeiner gesellschaftlicher Mißbilligung im dargelegten Sinne unterliegt auch ein Rechtsgeschäft, mit dem sich jemand gegen Entgelt verpflichtet, sein religiöses Bekenntnis zu wechseln oder einer bestimmten Religionsgemeinschaft beizutreten². Hier ist die wertungsmäßige Übereinstimmung mit dem aus Art. 4 Abs. 1 GG zu entnehmenden Verfassungsprinzip der Freiheit des religiösen Bekenntnisses offenbar, so daß gegen die Anerkennung der für derartige Rechtsgeschäfte Nichtigkeit vorsehenden Norm als Konkretisierung des § 138 Abs. 1 BGB keine Bedenken bestehen.

Der für die Vervollständigung des Tatbestandes der Normbildung heranzuziehende Maßstab der guten Sitten ist bei der Konkretisierung von § 826 BGB der gleiche wie bei der auf § 138 Abs. 1 BGB gestützten Rechtsfindung, und es steht nichts entgegen, darunter auch in diesem Zusammenhang die Verweisung

¹Palandt-Heinrichs, § 138 Anm. 5 n; LG Berlin, JR 1963, 423.

²So schon RGZ 21,279.

auf allgemein anerkannte soziale Normen zu verstehen¹. Unterschiede bestehen aber sowohl bezüglich der Beurteilungsobjekte, als auch der in Betracht kommenden Rechtsfolge. Es geht nämlich um vorsätzliche, einem anderen Schaden zufügende Handlungen, die bei Verstoß gegen diesen Maßstab die Verpflichtung des Handelnden zum Schadensersatz auslösen. Eine Schädigung verstößt z.B. dann gegen die allgemein akzeptierten Auffassungen von korrektem Verhalten, wenn sie dadurch erfolgt, daß der Vertragspartner des Geschädigten durch Zusage einer wertvolleren Gegenleistung und die Übernahme der gegen ihn entstehenden Schadensersatzansprüche zum Vertragsbruch verleitet wird². Man kann daher folgende Regel als Konkretisierung des § 826 BGB aufstellen: Wer einem anderen vorsätzlich dadurch Schaden zufügt, daß er dessen Vertragspartner durch Zusage einer wertvolleren Gegenleistung und die Übernahme der gegen ihn entstehenden Schadensersatzansprüche zum Bruch eines mit dem anderen geschlossenen Vertrages verleitet, der ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet. Da eine Kollision dieser Regelung mit bestehenden rechtlichen Wertungen nicht ersichtlich ist, hat diese Normbildung auch Bestand.

Gegenüber dem Vorgehen bei den erörterten Beispielen ergeben sich bei der Konkretisierung des § 626 Abs. 1 BGB gewisse Abweichungen. Daher soll abschließend die Bildung einer diese Generalklausel inhaltlich präzisierenden Norm dargestellt werden. Zunächst fällt auf, daß es hier nicht um die Beurteilung eines durch ein bestimmtes Tatbestandsmerkmal bereits allgemein festgelegten Gegenstandes und die Auffindung der für diese Beurteilung wesentlichen tatsächlichen Merkmale geht. Vielmehr kommt es neben dem zu-

¹ Das schließt nicht aus, daß die verschiedenen Fragestellungen zu durchaus unabhängigen rechtlichen Wertungen führen können. Ganz ähnlich für das weitere Verhältnis zu § 1 UWG Schricker, S. 186 Fn. 1, S. 249 und Sack, NJW 1974, 564 f. A.A. Haberstumpf (S.111), nach dessen Auffassung aus der Verschiedenheit der Rechtsfolgen in den einzelnen Generalklauseln auch Verschiedenheit der benutzten Maßstäbe resultiert.

² RG, JW 1931, 2238; Palandt-Thomas, § 826 Anm. 8 q.

sammen mit der Rechtsfolge den Regelungsbereich absteckenden bestimmten Merkmal des Dienstverhältnisses auf die Ermittlung eines Tatsachenkomplexes an, der in Bezug auf die festgelegte Rechtsfolge eine bestimmte Bewertung verdient. Es gilt Lebensvorgänge zu finden, die für ein Dienstverhältnis so wichtig sind, daß sie die fristlose Kündigung durch einen Beteiligten rechtfertigen. Der Nachsatz des Tatbestands der Vorschrift enthält keine zusätzlichen Anforderungen, sondern stellt die ins Gesetz rezipierte, von der Rechtsprechung ständig benutzte Umschreibung der notwendigen Beurteilung dar¹, denn die Berücksichtigung aller die entsprechende Beurteilung des Tatsachenkomplexes tragenden Elemente, wozu insbesondere auch die Interessen der Beteiligten gehören, ist für diese Art der Tatbestandsbildung, wie dargestellt, essentiell² und die Zumutbarkeit der Fortsetzung für den Kündigenden bis zur ordentlichen Beendigung ist nichts anderes als die negative Fassung der ausreichenden Bedeutsamkeit für die Möglichkeit der sofortigen Kündigung. Zu fragen ist, nach welchem Maßstab die Beurteilung vorzunehmen ist³. Die Antwort kann auch hier nur lauten, daß die Anschauungen der Durchschnittsbürger für die Beurteilung heranzuziehen sind.

Unter Anlegung dieses Maßstabs kommt man dann z.B. zu dem Urteil, daß die dienstliche Unterschlagung eines Bankkassierers die fristlose Kündigung seines Dienstverhältnisses durch die Bank rechtfertigt⁴ oder daß es dem Arbeitgeber eines Berufskraftfahrers unzumutbar ist, das Dienstverhältnis bis zum Ende der Kündigungsfrist fortzusetzen, wenn dieser in angetrunkenem Zustand seinen Dienst verrichtet⁵. Daraus lassen sich die substantiellen Normen

¹BAG, AP Nr. 6 zu § 626 BGB.

²Ganz ähnlich Gernhuber (Festschrift gewidmet der Tübinger Juristenfakultät, S. 206, 210) für entsprechende Zusätze in Billigkeitsklauseln.

³Vgl. dazu oben S. 57 f.

⁴Palandt-Putzo, § 626 Anm. 5 e.

⁵BAG, NJW 1964, 74.

"Das Dienstverhältnis eines Bankkassierers, der im Dienst eine Unterschlagung begeht, kann ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist von der Bank gekündigt werden" und "Das Dienstverhältnis eines Berufskraftfahrers kann vom Arbeitgeber ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn er in angetrunkenem Zustand seinen Dienst versieht" bilden. Da Wertungswidersprüche zwischen diesen Normen und vorhandenen rechtlichen Wertungen nicht erkennbar sind, stellen sie Konkretisierungen des § 626 Abs. 1 BGB dar, gegen die keine Einwände bestehen.

B. Die vermittelte Konkretisierung

Mit dem dargestellten Verfahren der unmittelbaren Konkretisierung läßt sich zwar, jedenfalls wenn die für die Tatbestandsbildung erforderliche Beurteilung sinnvoll gewählt ist, ein gewisser Kreis von substantiellen Normen schaffen, die die jeweilige Generalklausel inhaltlich präzisieren, die Möglichkeit der Normbildung für alle in den durch die generell bestimmten Tatbestandsmerkmale der Generalklausel und die Rechtsfolgeanordnung umrissenen Regelungsbereich der Generalklausel fallenden Fragestellungen, die die gleiche rechtliche Regelung verdienen, bestünde aber angesichts der Zufälligkeit der Existenz gesicherter Wertungen¹ aufgrund des jeweils anzulegenden Maßstabs nicht². Die Situation im Falle der Ausschließlichkeit des unmittelbaren Konkretisierungsverfahrens wäre vergleichbar einer Beschränkung der Interpretation substantieller Normen auf solche Auslegungen, die in den jeweiligen Begriffskern fal-

¹ Vgl. oben bei Fn. 1, S. 67.

² In der Sache ähnlich zu § 1 UWG Schricker, S. 223. Sehr anschaulich stellt Koch (Rechtstheorie 4 (1973), 187) fest, daß im Falle der bloßen Berücksichtigung des ungewissen Gehalts vager Begriffe eine "Rechtsverweigerung" die Folge wäre.

len und systemgerecht sind¹.

Da mit dem dargestellten Verfahren der unmittelbaren Konkretisierung die Möglichkeiten der allein auf die Angaben der Generalklausel selbst gestützten Normbildung erschöpft sind, drängt sich die Frage auf, ob nicht die Anknüpfung an vorhandene Konkretisierungen einen Weg zu weiterer Normbildung eröffnet. Im Rahmen der Erörterung der Möglichkeiten für dieses hier als vermittelte Konkretisierung bezeichnete Verfahren ist zu unterscheiden zwischen den Wegen, die an geglückte oder jederzeit mögliche unmittelbare Konkretisierungen der jeweiligen Generalklausel anschließen, und den Versuchen, andere vorhandene Konkretisierungen aufzufinden und für die weitere Rechtsergänzung innerhalb des von der Generalklausel gezogenen Rahmens zu verwerten.

1) Die an unmittelbare Konkretisierungen anknüpfende Normbildung

Bevor man sich im engeren Sinne der Frage zuwenden kann, ob und wie im Anschluß an unmittelbare Konkretisierungen weitere Normen geschaffen werden können, die die Generalklausel substantiell ausfüllen, muß man das Problem klären, woraus sich überhaupt die Berechtigung ableitet, unmittelbare Konkretisierungen zum Ausgangspunkt der weiteren Normbildung zu machen.

Denkbar wäre, daß eine Konkretisierung der Generalklausel als Norm gilt, weil sie von einem Gericht insbesondere höherer Instanz zum Zwecke der Entscheidung eines Falles gebildet wurde und daß sie daher Verbindlichkeit auch als

¹In der Sache ebenso Teubner (S. 60), wenn er erklärt, daß sich die Fälle des Kernbereichs der Gute-Sitte-Klauseln mit der klassischen Verweisung bewältigen lassen, da auch er eine Kontrolle anhand rechtlicher Prinzipien vor der Rezeption verlangt. Vgl. dazu auch Jesch, AöR 1957 (82), 182.

Basis für die weitere ergänzende Rechtsschöpfung beanspruchen kann. Diese These steht aber in Widerspruch zu der gesicherten Feststellung¹, daß es in unserer Rechtsordnung² im Gegensatz zu reinen Fallrechten³ keine Bindung der Gerichte an Entscheidungen anderer Gerichte, auch nicht der unteren Gerichte an solche der höheren Instanz⁴, gibt und daß konsequenterweise von einer allgemeinen Verbindlichkeit gerichtlicher Konkretisierungen ebensowenig gesprochen werden kann wie von als solchen verbindlichen Auslegungen substantieller Normen.

Der für die Anknüpfung an andere Konkretisierungen maßgebliche Gesichtspunkt ist vielmehr ihre Richtigkeit⁵, nur eine zutreffend als Konkretisierung der Generalklausel zu rechtfertigende Normschöpfung⁶ kann als Grundlage für deren weitere inhaltliche Verdeutlichung im Wege der Rechtsergänzung dienen. Da aber die Richtigkeit der Konkretisie-

¹ Larenz, ML, S. 391, 425; Bindungswirkung, Festschrift für Schima, S. 255; Kriele, S. 253; Canaris, System, S. 71; Esser, Grundsatz und Norm, S. 77, 83; Hilger, Festschrift für Larenz, S. 112. Anders Redeker, NJW 1972, 413. Zu beachten ist, daß Steindorff (Summum ius - summa iniuria, S. 64) das Prinzip des stare decisis als notwendiges Korrelat der von Richtern praktizierten Rechtsschöpfung bezeichnet, weil deren Wesen in der Überzeugung des Richters liege, unter gleichen Umständen dieselbe Entscheidung wiederholen zu müssen. Vgl. zur Frage der Bindung auch den Überblick und die kritische Stellungnahme bei Fikentscher, S. 704-718, 728-736.

² Das Gleiche gilt für die aufgrund des Art. 1 Abs. 2 ZGB vom Richter gebildeten Normen; verbindlich ist auch dort nur der konkrete Entscheid. So Germann, Probleme, S. 171 f.

³ Strache (S. 90) hat aber darauf hingewiesen, daß auch nach der anglo-amerikanischen stare-decisis-Doktrin in der Sache nur das Gebot der Berücksichtigung früherer Entscheidungen besteht und der Einwand der Unrichtigkeit nicht ausgeschlossen ist.

⁴ Fischer (S. 27) hält eine solche Bindungswirkung auch nicht für wünschenswert.

⁵ Larenz, ML, S. 421 f; Bindungswirkung, Festschrift für Schima, S. 261 f; Kriele, S. 265; Esser, Grundsatz und Norm, S. 275 ff; Flume, Richter und Recht, K 24. Für die Schweiz ebenso Germann, Probleme, S. 172.

⁶ Mit Engisch (Wahrheit und Richtigkeit, S. 11) ist das Kennzeichen jeder richtigen Entscheidung darin zu sehen, daß sie aus Gesetz und Recht zutreffend begründet ist.

rung wiederum nicht objektiv und verbindlich festgestellt wird¹, muß jede weitere Normbildung sich der Richtigkeit ihres Ausgangspunktes² vergewissern³. Damit wird keineswegs verlangt, daß die gesamte, die gebildete Norm tragende Argumentation ständig neu aufgerollt und ausdrücklich bestätigt werden muß, denn ihre bloße Wiederholung angesichts allgemeiner Anerkennung⁴ ihrer Richtigkeit wäre reiner Formalismus⁵. Entscheidend ist lediglich, daß die gebildete Norm als solche unangreifbare normative Verbindlichkeit nicht erlangt und ihre Begründung in Frage gestellt werden darf⁶. Nur solange Bedenken gegen sie nicht vorgebracht werden, kann von ihr ausgegangen werden.

¹Mit dem Anspruch der Richtigkeit tritt jede Entscheidung auf (Larenz, ML, S. 421; Gesetzgeber, Festschrift für Henkel, S. 32 f; Merz, Auslegung, AcP 1964 (163), 322; Schweizer, S. 102; Strache, S. 89 f; Henke, S. 107).

²Das umfaßt sowohl die Forderung nach ursprünglicher Richtigkeit als auch nach fortdauernder Berechtigung der vorhandenen Norm (Larenz, ML, S. 422 f). Für die diesen Ausgangspunkt enthaltende Entscheidung liegt in der Billigung bei der Kontrolle eine Probe auf ihre Richtigkeit (Larenz, Wegweiser, Festschrift für Nikisch, S. 296).

³Ebenso Less, S. 60. A.A. wohl Struck (S. 89 f), nach dessen Ansicht die Einführung von Vorentscheidungen mit ihrer Entlastungsfunktion erst interessant wird, wo sie ohne Kontrolle der Gründe erfolgt.

⁴Diesen Gesichtspunkt betont auch Kriele (S. 262) als entscheidend für die Entbehrlichkeit der Nachprüfung. Wegen der Bedeutung der Anerkennung vgl. auch Heusinger, S. 85 und Ohlmer, S. 81.

⁵Dagegen bedarf der Widerspruch zu einer früheren Entscheidung der Rechtfertigung. Das erfordert der auf dem Gleichheitssatz beruhende Grundsatz der Einheitlichkeit der Rechtsprechung (Larenz, Bindungswirkung, Festschrift für Schima, S. 255; Kriele, S. 260; Jørgensen, S. 90).

⁶Paulus (Juristen-Jahrbuch 1965/66, 141) spricht anschaulich von der fehlenden Regelbindung einerseits und der Eignung als Problem- und Bewertungsbeispiel andererseits. Vgl. dazu Larenz, ML, S. 424 f; Gesetzgeber, Festschrift für Henkel, S. 33; Esser, Vorverständnis, S. 194 f; Richterrecht, Festschrift für v. Hippel, S. 128; Merz, Auslegung, AcP 1964 (163), 322; Hilger, Festschrift für Larenz, S. 116.

Für Präjudizien insbesondere der oberen Gerichte, bei denen die Frage der Richtigkeit für die Anknüpfung weiterer Entscheidungen besonderes praktisches Gewicht hat, hat Larenz¹ das allgemein in die treffende Formel gefaßt, daß eine tatsächliche Vermutung für ihre Richtigkeit besteht². Gegenüber Krieles Theorie von der präsumtiven Verbindlichkeit von Präjudizien³ hat sie nicht nur den Vorzug, daß sie schon rein sprachlich die Annahme einer nicht bestehenden Bindung⁴ vermeidet, sondern auch den für die Verwertbarkeit maßgeblichen Gesichtspunkt der Richtigkeit herausstellt und darüber hinaus ihre Angreifbarkeit zum Ausdruck bringt. Ganz allgemein hat das Abstellen auf die Richtigkeit der zu verwertenden Norm den Vorzug, daß die Eignung der Norm als Ausgangspunkt für die weitere Konkretisierung dadurch unabhängig von dem mehr zufälligen Umstand ist, daß sie bereits vorher existent geworden war⁵. Sie kann vielmehr aus Anlaß der Normbildung für einen ganz speziellen Lebensvorgang ad hoc erst als geeignete Grundlage geschaffen werden, von der aus die weitere Regelung sich rechtfertigen läßt. Daraus ergibt sich, daß der vermittelten Konkretisierung, wenn sich im übrigen ihre Zulässigkeit und Eignung zur weiteren konkretisierenden Normbildung dartun läßt, alle auf unmittelbare Weise überhaupt

¹ Bindungswirkung, Festschrift für Schima, S. 261 f; ML, S. 422 f.

² In tatsächlicher Hinsicht dürfte die Beachtung der obergerichtlichen Entscheidungen kaum zu bestreiten sein (Larenz, ML, S. 422). Vgl. dazu auch Heusinger, S. 85 f.

³ S. 243 ff. Kötz (RabelsZ 1973 (37), 259) spricht unter ausdrücklicher Zustimmung zu Krieles Auffassung von einer "widerlegbaren Vermutung der Richtigkeit".

⁴ In der Sache meint Kriele (S. 253, 260) zwar keine Bindung, sondern nur Beachtung mit der Folge der Argumentationslast für den Abweichenden (so zutreffend Ecker, JZ 1969, 481 f), die Formulierung legt die Annahme einer Bindung aber nahe (Larenz, Bindungswirkung, Festschrift für Schima, S. 262 Fn. 35).

⁵ Damit soll keineswegs der in jedem vorhandenen, insbesondere höchstrichterlichen Präjudiz liegende Vergewisserungseffekt (Esser, Vorverständnis, S. 187 f) verkannt werden.

zu gewinnenden Präzisierungen als potentielle Anknüpfungspunkte zur Verfügung stehen. Ob und gegebenenfalls wie sie dabei verwendet werden können, ist daher jetzt des Näheren zu prüfen.

a) "Fallvergleichung"¹

Anders ausgedrückt geht es um die Fragen, wie bereits vorhandene, im Wege der Konkretisierung geschaffene substantielle Normen zur Normbildung verwendet werden können und ob sich sicherstellen läßt, daß sich dieses Verfahren in dem von der Generalklausel abgesteckten Rahmen hält. Am naheliegendsten ist der Versuch ihrer Verwertung im Wege der Analogie und des argumentum a fortiori, zumal beide immer darauf abzielen, für eine noch nicht geregelte Sachverhaltsgestaltung die gleiche rechtliche Regelung zu begründen, wie sie die bekannte Norm für einen bestimmten Tatbestand bereithält. Damit sind Analogie und argumentum a fortiori in besonderer Weise geeignet, der Tatsache gerecht zu werden, daß als Konkretisierungen der hier in Frage stehenden Gruppe von Generalklauseln nur Regelungen mit einer bestimmten Rechtsfolgenanordnung in Betracht kommen; darin müssen die verschiedenen Konkretisierungen übereinstimmen.

aa) Die zu beachtenden Schranken der Normbildung

Zweifelhaft ist dagegen, ob Analogie und argumentum a fortiori von vornherein nur zu solchen substantiellen Nor-

¹Die Bezeichnung hat sich durchgesetzt (vgl. Larenz, ML, S. 277). Es muß aber beachtet werden, daß es nicht um den Vergleich von Lebensvorgängen, sondern um die Gegenüberstellung von Regelungen - bei gleichen Rechtsfolgen reduziert auf die Tatbestände - geht (Larenz, Rechtsfortbildung, NJW 1965, 4). Ferner ist zu betonen, daß das Verfahren auf allen Stufen der Rechtsfindung Verwendung finden kann und findet (Larenz, Entwicklungstendenzen, JZ 1962, 106; Zippelius, Legitimation, Festschrift für Larenz, S. 300).

men führen können, die aus der Generalklausel heraus gerechtfertigt werden können, zu deren Bildung die in der Generalklausel liegende Ermächtigung zur Rechtsergänzung ausreicht. Diese Frage muß verneint werden. Das ergibt sich daraus, daß der Kreis der möglicherweise zur vorhandenen Konkretisierung ähnlichen Sachverhalte nicht notwendigerweise innerhalb des Funktionsbereichs der Generalklausel bleibt, sondern durchaus darüber hinausreichen kann. Das gilt insbesondere dann, wenn der neue Sachverhalt mit der gesicherten Konkretisierung in den generell bestimmten Tatbestandsmerkmalen der Generalklausel nicht übereinstimmt, sondern ihr nur so weit ähnlich ist, daß rechtliche Gleichbehandlung angezeigt ist. So könnte z.B. Analogie zu einer Konkretisierung des § 626 Abs. 1 BGB durchaus zu einer Regelung der fristlosen Kündigung bei einem Rechtsverhältnis führen, das nicht Dienstverhältnis ist. Sie wäre aber von der Generalklausel nicht mehr gedeckt, sondern kann nur im Wege der Lückenfeststellung und -ausfüllung geschaffen werden.

Aus diesen Gründen ist es daher erforderlich, die Einhaltung der von der Generalklausel durch ihre bestimmten Tatbestandsmerkmale für ihren eigenen Funktionsbereich gezogenen Grenzen gesondert sicherzustellen. Das kann nur in der Weise geschehen, daß eben diese Merkmale vorweg in den Tatbestand der durch konkretisierende Analogie bzw. *argumentum a fortiori* zu bildenden substantiellen Norm aufgenommen werden. Erst innerhalb des so geschaffenen Rahmens kann die weitere Konkretisierung der Generalklausel im Anschluß an vorhandene sachliche Präzisierungen durch die genannten Schlußverfahren erfolgen. Unterschiede bezüglich der tatsächlichen Merkmale zwischen fertiger Norm und neuer Hypothese können daher nur auf den über diese von Anfang an bestimmten Merkmale hinaus aufzunehmenden Elementen beruhen. Aber auch insoweit muß noch eine weitere Voraussetzung erfüllt sein. Die zu rechtfertigen

tigende Normhypothese muß sich innerhalb des möglichen Wortsinnes des Wertungselementes der Generalklausel halten¹. Erst wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind und sich begründen läßt, daß die Unterschiede zwischen gesicherter Konkretisierung und neuer Hypothese für die rechtliche Wertung keine Bedeutung haben², sondern beide Sachverhalte im Hinblick auf die in Frage kommende Rechtsfolge gleich sind³, so darf die neu geschaffene Regelung ebenso wie die bereits bestehende und als Analogiebasis verwendete als Konkretisierung der Generalklausel bezeichnet werden⁴. Das ergibt sich aufgrund folgender Überlegung: Wenn die rechtliche Wertung bei der unmittelbaren Konkretisierung auf den aufgrund des geforderten Urteils gewonnenen Tatbestandsmerkmalen beruht, so verdienen umgekehrt diejenigen Merkmale, die die gleiche rechtliche Behandlung eines weiteren Sachverhalts tragen, im rechtlichen Sinne die gleiche Beurteilung⁵.

¹Göldner, S. 65; Zippelius, ML, S. 56; Koch, Rechtsbegriff, JML, S. 201, 204. - Wegen der Grenzfunktion des möglichen Wortsinnes im allgemeinen vgl. oben Fn.2, S. 58.

²Dazu gehört auch die Berücksichtigung der sich aus der Normbildung ergebenden erwünschten bzw. zu vermeidenden Folgen (Esser, Vorverständnis, S. 147; Eckhold-Schmidt, S. 98 f; Kötz, RabelsZ 1973 (37), 261; Haverkate, ZRP 1973, 284.

³Etwas mißverständlich ist die Formulierung von Larenz (Wegweiser, Festschrift für Nikisch, S. 94), daß nur solche Fälle zur Vergleichung geeignet seien, die in den für die rechtliche Beurteilung bedeutsamen Zügen eine weitgehende Übereinstimmung aufweisen. Diese Feststellung kann erst aufgrund des Vergleiches getroffen werden.

⁴Hier findet die von den typischen Fällen ("starting points") ausgehende Normbildung (Esser, Grundsatz und Norm, S. 97, 150 f), die Vermittlung von Fall und wertausfüllungsbedürftigem Maßstab durch den repräsentativen Leitfall (Larenz, Fall, Festgabe für H. und M. Glockner, S. 159), die "Abschleifung der allgemeinen außergesetzlichen Maßstäbe zur Feineinstellung auf den Einzelfall" (Wieacker, Gesetz und Richterkunst, S. 15) statt. Koch (Rechtsbegriff, JML, S. 208) ist darin zuzustimmen, daß es dabei nicht um Subsumtion, sondern um Bedeutungsermittlung bzw. -festsetzung geht.

⁵Hieran zeigt sich auch, daß die Gerichte insoweit zu Recht auf eine Beweisaufnahme verzichten und die Beurteilung als Rechtsfrage behandeln (ähnlich Schricker, S. 198 f). Damit entfällt aber auch der mit der ursprünglichen außerrechtlichen Bewertung teilweise verbundene moralische Vorwurf (vgl. Schricker, S. 226).

ab) Die Bildung des hypothetischen Tatbestands

Das eröffnet die Möglichkeit, für jeden innerhalb des generell abgesteckten Regelungsbereichs der Generalklausel angesiedelten Lebensvorgang, soweit keine unmittelbare Konkretisierung einschlägig ist, eine auf ihn anwendbare Norm zu bilden und zu entscheiden, ob sie sich im Wege der Analogie¹ oder des argumentum a fortiori zu einer evidenten Konkretisierung der Generalklausel rechtfertigen läßt oder nicht². Damit stellt sich aber die Frage, wie sich der Tatbestand einer solchen zunächst hypothetischen Norm gewinnen läßt. In einem "ersten Durchgang"³ geht es darum, an dem individuellen Lebensvorgang, an dem eine Person aus einem praktischen Interesse die von der Generalklausel durch ihre bestimmten Merkmale und die Rechtsfolgenanordnung generell gekennzeichnete Rechtsfrage aufgeworfen hat⁴, alle diejenigen tatsächlichen Merkmale aufzuzeigen, die möglicherweise in rechtlicher Hinsicht⁵ für diese Frage relevant sein können. Umgekehrt ausgedrückt: Ausgespart werden können und müssen nur solche Elemente des tatsächlichen Geschehens, die erkennbar keinen Bezug zu der rechtlichen Regelung des angeschnittenen Problems haben können. Alle anderen tatsächlichen Umstände des Lebensvorgangs sind zu berücksichtigen⁶, sie bilden den rechtlichen Sachver-

¹ Das ist der Regelfall (Larenz, Fall, Festgabe für H. und M. Glockner, S. 150; Gesetzgeber, Festschrift für Henkel, S. 31 f.).

² Die zur Tatbestandsbildung nötige Sachverhaltsfeststellung läßt sich von der Rechtfertigung der Hypothese durchaus trennen. Anders Ohlmer, S. 70.

³ Der Ausdruck stammt von Hruschka, Konstitution, S. 50.

⁴ Damit beginnt jede Rechtsfindung (Hruschka, Konstitution, S. 22, 49; Rechtsanwendung ARSP, 1964, 487 ff.).

⁵ Unter anderen Aspekten kann es auf ganz andere Umstände ankommen (Hruschka, Konstitution, S. 40, 43; Clemens, S. 30). Vgl. dazu auch Engisch, Konkretisierung, S. 158.

⁶ Die möglichst vollständige Ermittlung dieser Umstände stößt aber bereits auf praktische Grenzen (Jesch, AÖR 1957 (82), 196). Mit der nur "begrenzten Auflösbarkeit unbestimmter Begriffe in konstituierende Merkmale" (Jesch a.a.O. S. 194) hat das allerdings mangels Ausrichtung an einer Norm noch nichts zu tun.

halt¹.

Die Umformung des Sachverhalts in einen Tatbestand bietet keinerlei Schwierigkeiten, denn ein Tatbestand stellt nichts anderes dar, als einen als möglich vorgestellten, allgemein bestimmten Sachverhalt, der sich beliebig oft wiederholen kann². Es ist daher nur erforderlich, den Sachverhalt in eine Fassung zu bringen, die von den reinen Individualisierungsmomenten³ absieht und den Lebensvorgang als solchen wiedergibt⁴. In dieser Fassung ist der Forderung nach Wiederholbarkeit⁵ genügt; der Tatbestand ist zwar regelmässig außerordentlich spezialisiert⁶, erlaubt aber die Anwendung auf individuelle Fälle beliebiger Zahl, die die speziellen tatsächlichen Elemente aufweisen⁷. Eine weitergehende Abstraktion oder gar eine Beschränkung der erforderlichen Momente auf einzelne oder ein einziges kommt dagegen nicht in Betracht. Eine solche Bearbeitung des Sachverhalts im Rahmen der Tatbestandsbildung ist Aufgabe des Gesetzgebers und diesem vorzubehalten⁸. Die Praxis bringt

¹ Jede weitere Auswahl der maßgeblichen Sachverhaltselemente könnte nur mit dem Blick auf eine in Betracht gezogene Norm erfolgen (Hruschka, Konstitution, S. 52 f; Heller, S. 66; Hoffmann-Riem, JZ 1962, 297).

² Hruschka, Konstitution, S. 51 f; Larenz, Fall, Festgabe für H. und M. Glockner, S. 153.

³ Engisch (Konkretisierung, S. 195 ff) nennt als solche: Eigennamen; Raum und Zeit; Merkmale, die einzeln oder insgesamt einem bestimmten Individuum ausschließlich zukommen. Vgl. dazu auch Henkel, Rechtsphilosophie, S. 471.

⁴ Vgl. dazu oben Fn. 1, S. 66.

⁵ Zur Bedeutung des Bewußtseins der Wiederholbarkeit, vgl. Kriele, S. 261 im Anschluß an Michaelis, Festschrift für das OLG Celle, S. 136.

⁶ Vgl. dazu oben Fn. 2, S. 66

⁷ Engisch, Konkretisierung, S. 222; Jesch, AÖR 1957 (82), 191.

⁸ Dementsprechend ist das Absehen von potentiell relevanten Merkmalen eines Sachverhalts bereits Teil des Versuchs der Anwendung einer gesetzlichen Norm (Hruschka, Konstitution, S. 53 ff; Scheuerle, Rechtsanwendung, S. 23; Kaufmann-Hassemer, Grundprobleme, S. 69).

diese Begrenzungen der Tatbestandsbildung zutreffend zum Ausdruck, wenn sie betont, daß es für die Fallentscheidung mit Hilfe von Generalklauseln auf alle Umstände des Einzelfalles ankomme¹, wobei freilich die individuellen Momente auszuklammern sind.

ac) Die Rechtfertigung der Normhypothese

Das Analogieverfahren² selbst - Entsprechendes gilt für das ihm gleichstehende argumentum a fortiori - zielt darauf ab, den Nachweis dafür zu erbringen, daß die tatbestandlichen Unterschiede zwischen einer oder mehreren gesicherten Konkretisierungen³ und der aufgestellten Hypothese im Hinblick auf die aufgeworfene Rechtsfrage⁴ irrelevant⁵ sind und daher auch für die neue Konstellation die in den vorhandenen Konkretisierungen verwendete Rechtsfolge der Generalklausel angezeigt ist⁶. Im Rahmen der dazu erforderlichen Argumentation sind alle für oder gegen diese Rechts-

¹ Vgl. BAG, AP Nr. 6 zu § 626 BGB, wo die Formel Eingang in das Gesetz gefunden hat.

² Dazu in diesem Zusammenhang Esser, Grundsatz und Norm, S. 231.

³ Kommen mehrere auf verschiedene Gesichtspunkte gestützte Vorentscheidungen als Anknüpfungspunkte in Betracht, so kann die Berücksichtigung aller tatsächlichen Momente die Konkretisierung möglicherweise auch dann tragen, wenn sie unter keinem die jeweilige Entscheidung stützenden einzelnen Aspekt und der für ihn anzuführenden Umstände allein zu rechtfertigen wäre. So auch BGH, NJW 1973, 1645 f.

⁴ Die Maßgeblichkeit dieser Blickrichtung betont Zippelius (ML, S. 79 f) zu Recht.

⁵ Die Irrelevanz der Unterschiede für die Rechtsfrage darf aber nicht mit der Irrelevanz der den Unterschied bedingenden Merkmale gleichgesetzt werden (so aber Zippelius, Verwendung von Typen, Festschrift für Engisch, S. 235; Wesen des Rechts, S. 115, 148, obwohl die angeführten Beispiele ergeben, daß es in der Sache nur um Generalisierung der speziellen Merkmale geht).

⁶ So schon Rumpf, S. 88 f. Ebenso Larenz, Grundformen, Festschrift für Walter Wilburg, S. 221 f; Kriele, S. 263, 270 f; Kötz, RabelsZ 1973 (37), 259; Zippelius, ML, S. 78 ff; Clemens, S. 48, 96, 146; Haberstumpf, S. 100.

folge sprechenden Gesichtspunkte¹ zu berücksichtigen². Von besonderer Bedeutung sind dabei die Aspekte, die sich aus dem geltenden Recht ergeben³. Diese für die Erstreckung der vorhandenen substantiellen Regelung aus dem inneren System der Rechtsordnung zu entnehmenden Argumente bilden das Korrelat zur rechtlichen Kontrolle bei der unmittelbaren Konkretisierung, zusammen mit dieser erfüllen sie bei den Generalklauseln des hier behandelten Typs die Funktionen, die bei der Auslegung substantieller Normen der Interpretation aus dem inneren System der Rechtsordnung zukommen⁴. So wie die systematische Interpretation dahin führen kann, daß der Sinn der Norm modifiziert wird mit der Möglichkeit sowohl einengender als auch ausdehnender Wirkung, so kann die rechtliche Kontrolle den Kreis der direkt möglichen Konkretisierungen einschränken und die Argumentation aus dem System die Konkretisierungsmöglichkeiten über die unmittelbar gegebenen Regelungen hinaus erweitern.⁵

Allerdings ist eine Anknüpfung an die letzteren unerlässlich, weil nur auf diese Weise der Anschluß an eine allein auf der Basis der Generalklausel gewonnene rechtliche Wertung

¹ Mit Viehweg (durchgehend, insbesondere S. 24) kann man von "Topoi" sprechen. - Hier dürfte auch der Grund dafür liegen, daß die Konkretisierung auch von Autoren als Feld der Topik angesehen wird, die grundsätzlich von der systematischen Natur der Rechtsfindung ausgehen (so Diederichsen, Topisches Denken, NJW 1966, 704; Canaris, System, S. 152). - Vgl. in diesem Zusammenhang auch die von Clemens (S. 102-134) besprochenen Gesichtspunkte, von denen bei Generalklauseln besonders viele zum Tragen kommen können.

² Englisch, Wahrheit und Richtigkeit, S. 22. Clemens (S. 138f) bezeichnet die darin liegende Wertung als "Verrechnung" von Wertgesichtspunkten.

³ Vgl. Canaris, Lücken, S. 75. Nach Essers Ansicht (Grundsatz und Norm, S. 253) setzt analogisches Denken Prinzipien als Bezugspunkte, Kriterien und Maßstäbe der Vergleichbarkeit voraus.

⁴ Der pauschale Hinweis auf die Bindung an die Wertungen der gesamten Rechtsordnung bei der Rechtsfortbildung (vgl. Rüthers, Unbegrenzte Auslegung, S. 437 ff; Klein, DRiZ 1972, 335; Arndt, S. 11 f; Rumpf, S. 60, sowie die in Fn. 5, S. 67 genannten schweizerischen Autoren) umfaßt beides.

⁵ Sehr anschaulich zum Zusammenwirken rechtlicher und außerrechtlicher Maßstäbe Schrickner, S. 224 f.

und damit an die Generalklausel selbst hergestellt werden kann¹. Andernfalls wäre der Vorwurf berechtigt, daß Generalklauseln dieser Art und insbesondere der immer wieder herangezogene § 138 Abs. 1 BGB eine leere Hülse darstellen, in die sachliche Gehalte materialer Rechtsprinzipien eingefüllt würden, was die Transparenz des Rechtsfindungsvorgangs nur verschleierte². In der Tat läßt sich nämlich nicht verdeutlichen, warum z.B. der Hinweis auf ein der Rechtsordnung angehörendes materiales Rechtsprinzip eine Begründung dafür sein soll, daß eine bestimmte sachliche Regelung als Konkretisierung des § 138 Abs. 1 BGB anzusehen ist. Wenn sich der Anschluß an die Generalklausel nicht herstellen läßt, das Fehlen der in Frage stehenden Regelung aber eine nicht zu rechtfertigende Durchbrechung eines der Rechtsordnung angehörenden Prinzips darstellt, so bleibt nur die Möglichkeit, eine Lücke anzunehmen und darzutun, daß sie in der vorgeschlagenen Weise auszufüllen ist³. In der Praxis verliert das Problem den Großteil seiner Schärfe dadurch, daß regelmäßig in denjenigen Fällen, in denen man die Lösung auf ein Rechtsprinzip stützt, eine als Basis der Argumentation geeignete evidente Konkretisierung, durchaus bereitsteht, so daß die fragliche substantielle Norm in der Tat als Konkretisierung der Generalklausel zu

¹ Mit dieser Einschränkung trifft die These zu, daß Konkretisierung von Generalklauseln vielfach weitgehend mit Hilfe materialer Rechtsprinzipien erfolge. So Canaris, System, S. 152; Larenz, ML, S. 274; Grundsätzliches zu § 138 BGB, Juristen-Jahrbuch 1966/67, S. 98 ff; Diederichsen, Flucht des Gesetzgebers, S. 25 Fn. 45; Reinhardt, S. 26, Brügge-mann, S. 77. - Ein Gebot der Rechtssicherheit stellt die Berücksichtigung der vorhandenen Grundwertungen aber nicht dar (So aber Meier-Hayoz, Richter als Gesetzgeber, S. 254 ff).

² So Eckhold-Schmidt (S. 76 f) ganz allgemein bezüglich des sogleich zu erörternden Sonderfalles der "mittelbaren Grundrechtsanwendung".

³ Zur Feststellung und Ausfüllung von Prinzipiellücken vgl. Canaris, Lücken, S. 95 ff und 160 ff. - Vgl. in diesem Zusammenhang auch Strache (S. 96), der für die eine spezielle Gruppe von Wertungsbegriffen darstellenden Standards feststellt, daß bei Fehlen von repräsentativen Mustern ein Verstoß gegen einen Standard nicht in Betracht kommt.

rechtfertigen ist¹.

Hier gilt ebenso wie im Rahmen der erörterten rechtlichen Kontrolle der unmittelbaren Konkretisierung das für die materialen Rechtsprinzipien Gesagte mit den sich aus ihrem besonderen Rang ergebenden Abweichungen auch für die materialen Verfassungsprinzipien in gleicher Weise. Rechtliche Kontrolle unmittelbarer Konkretisierungen an den materialen Verfassungsprinzipien und Argumentation aus diesen zur Rechtfertigung der Erstreckung gesicherter Regelungen auf weitere Sachverhalte übernehmen zusammen bei der Konkretisierung die Aufgabe der verfassungskonformen Auslegung bei substantiellen Normen². So wie bei der vermittelten Konkretisierung mit Hilfe materialer Rechtsprinzipien ohne Verfassungsrang an eine unmittelbare Konkretisierung angeknüpft werden kann und muß, um die Verbindung zur Generalklausel herzustellen, muß auch die Konkretisierung anhand von Verfassungsprinzipien bei einer vorhandenen Konkretisierung der Generalklausel einsetzen. Das Verfassungsprinzip kann nur dazu dienen, die Begründung für die Gleichbehandlung eines neuen Sachverhalts zu ermöglichen oder zu erleichtern³. Dagegen stützt die neuere Rechtsprechung⁴, die dazu übergegangen ist, vertragliche Vereinbarungen an einem berührten

¹ Das ist in den von Larenz (Grundsätzliches zu § 138 BGB, Juristen-Jahrbuch 1966/67, 110 ff) zitierten Beispielen mit einer Ausnahme möglich. Lediglich im Fall der Verwerfung des Erfolgshonorars für Anwälte wäre es bei Zutreffen der behaupteten entgegenstehenden Übung (BGHZ 34,72) und deren überwiegender Anerkennung nicht möglich.

² Dazu, daß verfassungskonforme Auslegung auch verfassungsprinzipienentfaltende Normanwendung ist, Göldner, S. 46.- Zur Orientierung der Rechtsfindung an den Verfassungsprinzipien und zu deren Funktion als Richtschnur und Grenze: BVerfGE 7,198 (205); Dürig, Festschrift für Nawiasky, S. 179; Rupp, Verfassungsrecht, S. 202 f; Larenz, AT, S. 373; Schmidt-Salzer, NJW 1970,12 f; Merten, NJW 1972,1799; Redeker, NJW 1972,412; Schricker, S. 227.

³ Mit Dürig (Festschrift für Nawiasky, S. 177 ff, ähnlich Haberstumpf, S. 54) sind verschiedene Intensitätsgrade der Wirkung von Verfassungsprinzipien zu unterscheiden. Die Wertschutzlückenfüllungsfunktion der Generalklausel schließt aber das Bestehen von Lücken für die jeweils betroffene Rechtsfrage nicht aus. Vgl. dazu sogleich den Text.

⁴ Vgl. z.B. die sogleich näher zu erörternde Entscheidung des BGH, NJW 1972,1414 f.

Verfassungsprinzip zu messen und im Falle der Annahme eines Verstoßes gegen dieses auf Sittenwidrigkeit im Sinne des § 138 Abs. 1 BGB mit der Rechtsfolge der Nichtigkeit zu erkennen, sich in der Sache nur noch auf die Grundrechtsbestimmung und stellt die Verbindung zur Generalklausel materiell nicht her. Diese dient vielmehr nur noch als Vehikel des Verfassungsrechts, dessen unmittelbare Heranziehung vermieden werden soll, weil insoweit weder über Zulässigkeit noch über Modalität Einigkeit zu erzielen ist.

Mit Göldner¹ ist dagegen davon auszugehen, daß die richterliche Konkretisierung von Verfassungsprinzipien² gegenüber einfachgesetzlichen Konkretisierungen subsidiär ist, mit der Folge, daß die direkte Verfassungskonkretisierung ausscheidet, soweit eine einfachrechtliche Konkretisierung vorhanden ist, die ihrerseits verfassungsmäßig ist. Als solche auf einfachem Gesetz beruhende "Umsetzungen" des das jeweilige Verfassungsprinzip tragenden Rechtsgedankens, als "Parallelregelungen" insbesondere des Privatrechts, die ihren Sachgehalt freilich aus dem gleichen Reservoir schöpfen wie die Verfassungsprinzipien, wird man aber neben substantiellen gesetzlichen Vorschriften auch auf Generalklauseln zurückgehende Normbildungen anzusehen haben.

Soweit eine solche Konkretisierung einer einfachgesetzlichen Generalklausel in Frage kommt, scheidet daher die allein auf das Verfassungsprinzip gestützte Feststellung und Ausfüllung einer entsprechenden Lücke³ - das wäre das jenseits der Generalklauselkonkretisierung einzuschlagende

¹ S. 208.

² Scharf ablehnend gegenüber dieser Vorstellung überhaupt J. Ipsen (S. 183 ff), weil sich die "subsidiäre Konkretisierungskompetenz" zu einem Vorrang des Richterrechts entwickle.

³ Zur Einordnung dieser Art der verfassungskonformen Rechtsfortbildung in die Lückentheorie, Göldner, S. 75.

Rechtsfindungsverfahren¹ - aus. In diesem Falle muß die gebildete Norm aber auch in dem dargestellten Verfahren der Konkretisierung gerechtfertigt werden und die Entscheidung muß das nach außen erkennen lassen. Bietet dagegen die Generalklausel keinen Ansatzpunkt für die beabsichtigte Normbildung, so ist ihre Anführung ohne Nutzen, stiftet nur Verwirrung und sollte daher unterbleiben. In diesem Falle kann und muß die Regelung nur unmittelbar durch Konkretisierung des Verfassungsprinzips begründet werden. Beides sollte erkennbar getrennt werden. An einem neueren Fall aus der Rechtsprechung soll das etwas verdeutlicht werden.

Der BGH² hatte zu beurteilen, ob eine im Rahmen einer Absprache über die Übertragung der elterlichen Gewalt zwischen zwei geschiedenen Ehegatten getroffene Vereinbarung wirksam sei, nach der der sorgeberechtigte Ehegatte verpflichtet war, seinen Wohnsitz auf Dauer, zumindest aber für die Zeit der Minderjährigkeit des Kindes, aus der Stadt zu verlegen, in der alle Beteiligten bis dahin wohnten, ohne daß besondere Gründe für die Wohnsitzverlegung ersichtlich waren, für den von der Verpflichtung Betroffenen aber berufliche Schwierigkeiten erwartet werden mußten. Der BGH hat für seine Entscheidung auf Art. 11 Abs. 1 GG abgestellt und erklärt, daß die Abrede das Grundrecht ohne besondere Gründe ungebührlich einschränke und daher nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig sei.

Nach der hier entwickelten Auffassung wäre im Rahmen der Generalklausel der Rückgriff auf Art. 11 Abs. 1 GG unzulässig und auch entbehrlich gewesen, weil festgestellt werden darf,

¹Dürig erwähnt zwar einerseits ausdrücklich die Möglichkeit solcher Lücken (Festschrift für Nawiasky, S. 179), lehnt aber im Fall des § 906 a.F. BGB eine Lösung *praeter legem* ab. Das Beispiel zeigt aber, daß die Generalklausel nicht beliebig ausgedehnt werden kann, denn eine "wesentliche" Immission wird nicht aus Gründen des Gemeinwohls "unwesentlich", diese können aber *praeter legem* eine Pflicht zur Duldung der wesentlichen Einwirkung begründen.

²NJW 1972, 1414 f.

daß eine Verpflichtung zur Wohnsitzverlegung eines geschiedenen Ehegatten, die keiner erkennbaren Notwendigkeit entspringt und nur den Verpflichteten der Gefahr von Nachteilen aussetzt, nach den allgemein geltenden sozialen Auffassungen mißbilligt wird und daher nichtig ist. Diese substantielle Norm ist Konkretisierung der Generalklausel des § 138 Abs. 1 BGB und des Verfassungsprinzips der Freizügigkeit im Privatrecht¹. Im Anschluß an sie können mit Hilfe des Verfassungsprinzips weitere Normen gebildet werden, indem dargelegt wird, daß die Gleichbehandlung weiterer Tatbestände angezeigt ist, weil sie das gleiche Prinzip realisieren würden, ohne daß andere Wertungen entgegenstünden². Für die hier vertretene Auffassung spricht auch, daß es schon vor dem Inkrafttreten des GG auf Generalklauseln gestützte Normbildungen gegeben hat, die heute als Ausdruck und Realisierung eines Verfassungsprinzips verstanden werden können³. Daran zeigt sich zumindest, daß die Rechtsprechung diese Regelungen ohne Rückgriff auf Verfassungsprinzipien schaffen konnte und daß die Bildung von Regelungen, die Konkretisierungen auch eines Verfassungsprinzips darstellen, von der Rezeption des Prinzips in die Verfassung und den Hinweis darauf unabhängig ist. Richtig ist, und das

¹ Larenz (AT, S. 376) sieht in der Entscheidung eine Bestätigung seiner Auffassung von der Übernahme von Verfassungsprinzipien in den Maßstab der "Guten Sitten".

² Vgl. dazu den BGH, a.a.O., der von grundsätzlicher Nichtigkeit solcher Wohnsitzverträge ausgeht, an der es in speziellen Fällen fehlen kann. Anders Merten in seiner Anm. (NJW 1972, 1799), der für die Nichtigkeit besondere Umstände fordert. Damit entfällt aber die Möglichkeit, das Prinzip als solches als ratio der Regelung anzusehen. Im übrigen ist das von ihm gewählte Beispiel (BVerfGE 12, 1 = NJW 1961, 211) zwar ein besonders krasser Fall, aber umpassend, weil es in Fällen der Verpflichtung zum Kirchenaustritt bzw. Religionswechsel gerade nicht auf die besonderen Umstände ankommen dürfte.

³ Ebenso Flume, AT, § 1 10 b; Dürig, a.a.O., S. 161. Dürig weist auch darauf hin, daß die vermögensrechtliche Beeinflussung der Entscheidung über die Religionszugehörigkeit vom RG schon unter der Geltung des PrALR - RGZ 21, 279 - beanstandet wurde.

muß betont werden, daß diese Aufnahme in die Verfassung Rückwirkungen auf die Entwicklung und Ausprägung einschlägiger sozialer Normen hat, weil sie das Bewußtsein für den jeweiligen Problembereich schärft.

ad) Beispiele

Abschließend soll noch an einigen Beispielen gezeigt werden, wie die Bildung neuer Regelungen im Anschluß an gesicherte Konkretisierungen erfolgen kann. Der Einfachheit halber soll dabei an Regelungen angeknüpft werden, die oben als unmittelbare Konkretisierungen von Generalklauseln entwickelt wurden.

So läßt sich z. B., wenn man von der Regelung ausgeht, daß ein Rechtsgeschäft, mit dem sich jemand gegenüber einem anderen für ein Entgelt verpflichtet, einen Dritten zu verprügeln, nichtig ist, überzeugend rechtfertigen, daß das gleiche für ein Rechtsgeschäft zu gelten hat, mit dem sich jemand gegenüber einem anderen für ein Entgelt verpflichtet, einem Dritten gegen dessen Willen die Haare abzuschneiden. Sinn der ersten Regelung ist es nämlich, Rechtsgeschäfte zu verhindern, die darauf abzielen, eines Dritten körperliche Unversehrtheit gegen dessen Willen zu beeinträchtigen¹. Diese ratio trifft aber auch auf die in Aussicht genommene neue Norm zu, denn der Unterschied besteht lediglich in der beabsichtigten Art und Weise der Beeinträchtigung, auf die es aber für die Frage der Gültigkeit des Rechtsgeschäfts nicht ankommen kann. "Fallvergleichung" d.h. Analogie zu einer evidenten Konkretisierung, liefert also die Begründung dafür, daß die neue Regel eine Konkretisierung des § 138 Abs. 1 BGB darstellt.

¹Man kann ihn auch viel genereller in der Verhinderung von Verpflichtungen zu einer strafbaren Handlung sehen. Vgl. die entsprechende Fallgruppe bei Henrich, JA 1976, ZR S. 98.

Die oben erwähnte Regel, daß Teile von Mietverträgen nichtig sind, die es ohne ersichtlichen Grund verbieten, in der gemieteten Wohnung mit einer Waschmaschine zu waschen, kann ebenfalls Grundlage für die Bildung einer Regelung für einen weiteren Tatbestand sein. Was für das Verbot des Betriebs von Waschmaschinen gilt, gilt in gleicher Weise für dasjenige von Geschirrspülmaschinen. In beiden Fällen geht es um den unbegründeten Ausschluß von der Nutzung technischer Erleichterungen bei der Bewältigung von Hausarbeit¹. Auch hier liefert die "Fallvergleichung" die Begründung für die Geltung der neuen Regel als Konkretisierung des § 138 Abs. 1 BGB.

Auch die zu § 826 BGB angeführte unmittelbare Konkretisierung läßt sich für die weitere Normbildung verwerten. Sinn der Regelung ist es, denjenigen zum Schadensersatz zu verpflichten, der einen Dritten zur Schädigung seines Vertragspartners durch Vertragsbruch verleitet, indem er dessen aus drohenden Ersatzansprüchen abgeleitete Bedenken gegen die Schädigung durch deren Übernahme zerstreut und einen zusätzlichen Anreiz für die Handlung durch Gewährung eines weiteren Vorteils schafft. Dabei kann es nicht darauf ankommen, wie dieser Vorteil dem Dritten zufließen soll. Daher ist auch derjenige nach § 826 BGB zum Schadensersatz verpflichtet, der einen Dritten dadurch zum Vertragsbruch verleitet, daß er ihm neben der Übernahme der entstehenden Schadensersatzansprüche auch den Abschluß weiterer gewinnbringender Geschäfte verspricht, die dem Dritten sonst un erreichbar wären.

Ebenso eignen sich die zu § 626 Abs. 1 BGB gefundenen Konkretisierungen als Ausgangspunkte für die weitere Normbildung. So kann z.B. ein Berufskraftfahrer auch dann fristlos entlassen werden, wenn er privat in angetrunkenem Zustand ein Kraftfahrzeug fährt, weil seine Eignung und Zu-

¹ Palandt-Heinrichs, § 138 Anm. 5 n; AG Hildesheim, NJW 1973, 519.

verlässigkeit als Kraftfahrer dadurch in ähnlicher Weise in Frage gestellt wird, wie wenn er dienstlich nach unzuverlässigem Alkoholgenuß fährt¹, und das Vertrauen in die Ehrlichkeit eines Bankkassierers wird durch eine private Unterschlagung ähnlich stark untergraben wie durch eine dienstliche², so daß in beiden Fällen das Dienstverhältnis nach § 626 Abs. 1 BGB fristlos gekündigt werden kann.

Beispiele für die Schaffung neuer Regelungen mit Hilfe des argumentum a fortiori kommen in der Praxis kaum je vor. Das hat seine Ursache darin, daß die im Wege der unmittelbaren Konkretisierung zu gewinnenden Regelungen gewöhnlich die besonders klaren, die eindeutigen Sachverhalte betreffen, während mit der vermittelten Konkretisierung Normen für die weniger markanten Gestaltungen geschaffen werden müssen, deren Wertung sich nicht sogleich jedermann aufdrängt und bei denen die Realisierung des gleichen Rechtsgedankens blasser bleibt als bei den ersteren. Einen Sonderfall bilden die Konstellationen, die eine Kumulation der Tatbestände mehrerer unmittelbarer Konkretisierungen darstellen, von denen jeder für sich allein also bereits die einheitliche Rechtsfolge trägt. In solchen Fällen kann man zwar argumentieren, daß bei mehrfacher Begründung die fragliche Rechtsfolge erst recht einzutreten habe, ein argumentum a fortiori liegt aber dennoch nicht vor, weil es nicht darum geht, daß der Rechtsgedanke einer gesicherten Regelung auf den neuen Sachverhalt noch stärker zutrifft, sondern daß die Rechtsfolge auf mehrere, möglicherweise von ganz verschiedenen Rechtsgedanken getragene Regelungen gestützt werden kann. Es handelt sich lediglich um eine mehrfache Begründung für die einheitliche Regelung des in Frage stehenden Falles, auf den die verschieden~~en~~der gesicherten Konkretisierungen in gleicher Weise anwendbar sind.

¹BAG, NJW 1964, 74.

²Palandt-Putzo, § 626 Anm. 5 e.

Der Konkretisierung von Generalklauseln durch Anknüpfung an evidente substantielle Regelungen kommt besondere praktische Bedeutung zu¹, weil sich mit dieser Variante des Verfahrens, wie bereits erwähnt, für die überwiegende Zahl von Sachverhaltsgestaltungen entscheiden läßt, ob die von der Generalklausel bereitgehaltene Rechtsfolge eintreten soll oder nicht. Offen ist jedoch die Frage, ob die Nutzung bereits gewonnener bzw. jederzeit verfügbarer Konkretisierungen immer nur in direkter Anlehnung an die sehr speziellen Regelungen selbst erfolgen oder ob sie in irgendeiner Weise von ihnen abstrahieren und auf einer höheren Ebene einsetzen kann. Dieser Frage müssen die weiteren Erörterungen sich daher noch zuwenden.

b) Generalisierung

Dabei gilt es jeweils zu untersuchen, wie die vorhandenen hochspezialisierten Sachregelungen verarbeitet werden können, um dann zu überlegen, wie die Resultate dieser Bearbeitung des gegebenen Materials für die weitere Rechtsfindung zu verwenden sind.

ba) Die Zusammenfassung von Konkretisierungen zu Fallgruppen für geordnete "Fallvergleichung"

Erstes Ziel der Bearbeitung² der verfügbaren Konkretisierungsergebnisse muß es sein, die gesicherten substantiellen Normen zu ordnen, sie in gewisser Weise zu katalogisieren, um so zu vermeiden, daß nach und nach ein Konglomerat außerordentlich spezialisierter Regeln entsteht, das so unübersichtlich wird³, daß nicht einmal ihre Anwendung

¹ Larenz, Wegweiser, Festschrift für Nikisch, S. 292.

² Als Aufgabe obliegt sie Wissenschaft und Lehre (Larenz, Entwicklungstendenzen, JZ 1962, 106; Wegweiser, Festschrift für Nikisch, S. 274 ff; ML, S. 216 f; Merz, Auslegung, AcP 1964 (163), 325; Leenen, S. 66; Brüggemann, S. 80.- Zum Zusammenwirken von Lehre und Praxis vgl. Esser, Grundsatz und Norm, S. 309 ff.

³ Ähnlich zur Notwendigkeit der Typisierung J. Ipsen, S. 76.

auf von ihnen erfaßbare Fälle oder ihre Verwendung zur Fallvergleichung sichergestellt werden kann. Jede Ordnung ist Ausrichtung des zu ordnenden Materials auf einen einheitlichen Orientierungspunkt. Für eine Ordnung der vorhandenen Konkretisierungen einer Generalklausel bietet es sich an, die Orientierungspunkte im Wege der Induktion aus den einzelnen Regelungen selbst zu gewinnen¹, indem man auf ihren Sinn und Zweck, ihre ratio, abstellt². Auf diese Weise ermittelt man je nach Umfang der Generalklausel einen oder mehrere tragende Rechtsgedanken³. Kehrt man dann die Blickrichtung um und faßt man diejenigen Regelungen zusammen, bei denen sich diesbezüglich Übereinstimmung ergibt, so erhält man jeweils eine entsprechende Anzahl von Regelungsbündeln⁴ oder Fallgruppen⁵, die sich bei Generalklauseln mit sehr umfangreichem Regelungsbereich ihrerseits wiederum zu größeren Gruppen zusammenfassen lassen, indem man den als Orientierungsgesichtspunkt verwendeten tragenden Rechtsgedanken allgemeiner faßt. Sieht man von dem Grenzfall nur eines einheitlichen maßgeblichen Rechtsgedankens ab, so haben Fallgruppen den Vorzug, daß sie eine gezielte Information über die von der Generalklausel mit Sicherheit erfaß-

¹ Vgl. dazu auch Leenen, S. 65 und Clemens, S. 35 f. Dagegen fordert Schweizer (S. 98) den wertenden Abstieg von der allgemeinen Vorschrift über Umschreibungen, Fallgruppen und Typen zu Entscheidungsnorm und Urteil.

² Das setzt aber die vollständige Mitteilung der für die jeweilige Normbildung tragenden Überlegungen voraus (Brügge-mann, S. 77 ff; Haverkate, ZRP 1973, 282).

³ Larenz, Entwicklungstendenzen, JZ 1962, 106; Fall, Festgabe für H. und M. Glockner, S. 150; Henkel, Rechtsphilosophie, S. 480.

⁴ Abweichend hiervon bezeichnet Fikentscher (S. 656) Rechtsinstitute als gebündelte Rechtsnormen.

⁵ Larenz, Kennzeichen, S. 8; Entwicklungstendenzen, JZ 1962, 106; Wegweiser, Festschrift für Nikisch, S. 297; ML, S. 277 f; Rüthers, Unbegrenzte Auslegung, S. 460 f; Henkel, Rechtsphilosophie, S. 479; Nastelski, GRUR 1968, 547; Paulus, Juristen-Jahrbuch 1966/67, 142; Dubischar, S. 84.

baren Bereiche ermöglichen¹, ohne daß jeweils das gesamte Konkretisierungsmaterial durchgemustert werden muß, und daß sie damit die Auffindung von Konkretisierungen, an die für die weitere Normbildung angeknüpft werden kann, stark vereinfachen und erleichtern. Daraus ergibt sich bereits, daß die bloße Ordnung der Einzelregelungen zu Gruppen gemäß dem maßgeblichen Rechtsgedanken noch keine qualitative Veränderung des beschriebenen Verfahrens der vermittelten Konkretisierung bewirken muß, sondern als solche quasi nur zu einer Art systematischer "Fallvergleiche" führt, weil die gesicherten Konkretisierungen überschaubar und jederzeit verfügbar sind.

bb) Die Einordnung neuer Regelungen in Fallgruppen

Dabei braucht man jedoch nicht endgültig stehen zu bleiben, denn Fallgruppen können nicht nur die Funktion des Reservoirs für die Auffindung von Argumentationsgrundlagen für die weitere Normbildung übernehmen, sondern sie können auch als Rahmen betrachtet werden, der jeweils ein der Normierung im Wege der Generalklauselkonkretisierung offenes Sachgebiet umgreift und absteckt, innerhalb dessen einzelne bestimmte Felder bereits durch substantielle Regelungen ausgefüllt sind und in dessen freie Felder weitere sachhaltige Normen eingeordnet werden und damit als Konkretisierungen der Generalklausel gerechtfertigt werden können². Dieses Verfahren des Inbezugsetzens einer neuen Regelung zu verschiedenen anderen, deren Tatbestände sich nur geringfügig von ihrem und auch untereinander unterscheiden, und die in der Ordnung der Tatbestände nach der Ähnlichkeit ihrer tatsächlichen Merkmale gleichzeitig liegende Standortbestimmung innerhalb eines größeren, erst von diesen Ele-

¹ Ebenso Larenz (AT, S. 374) für § 138 BGB.

² Den produktiven Charakter der Konkretisierung durch Fallvergleiche und Einordnung in Fallgruppen hebt auch Larenz (Fall, Festgabe für H. und M. Glockner, S. 161) hervor. Strache (S. 57) mißt der Einpassung zwischen mehrere Muster erst Bedeutung für die Zuordnung zum Typus bei.

menten selbst konstituierten Sachzusammenhangs¹ kennzeichnen einen wesentlichen Schritt der Entwicklung, die von der Aneinanderreihung relativ isolierter Einzelfallnormen zu übergreifenden Regeln für alle Konstellationen innerhalb des Funktionsbereichs der Generalklausel führt, auf die der gleiche Rechtsgedanke zutrifft. Die Darstellung der zugehörigen Fallgruppen in den einschlägigen Kommentaren und Lehrbüchern² zeigt für den überwiegenden Bereich der meisten Generalklauseln der hier behandelten Art erst, was in der Sache gilt³. Durch sie gewinnt die Generalklausel regelmäßig schärfere Konturen, was wiederum eine konkrete Orientierung der potentiell betroffenen Rechtsunterworfenen ermöglicht. Hier ist auch der Ort für die Feststellung, daß und in welchem Umfang⁴ bestimmte Generalklauseln allgemeine Rechtsprinzipien für ihren Problembereich realisieren und in der Sache zur Geltung bringen⁵.

Allerdings bildet die Schaffung von Fallgruppen keineswegs notwendig den Abschluß dieser Entwicklung, sie stellt vielmehr eine regelmäßig erreichbare Station des Prozesses der Typenbildung dar⁶, der wegen des Abstellens auf die Gleich-

¹Schweizer (S. 61) spricht von einer Reihenordnung steigender Bedeutsamkeit der Fälle für den Wertbegriff.

²Vgl. z.B. zu § 138 Abs. 1 BGB: Palandt-Heinrichs § 138 Anm. 5 (alphabetische Zusammenstellung); Larenz, AT, S. 374 ff und als Überblick Henrich, JA 1976, ZR S. 98 ff.

³Ebenso Esser, Grundsatz und Norm, S. 151.

⁴Die Bedeutung der Verarbeitung der Kasuistik für die Absteckung der der Generalklausel gezogenen Grenzen betont zu Recht Staudinger-Weber (A 3 a.E.) zu § 242 BGB.

⁵Vgl. Coing (Allgemeine Rechtsgrundsätze, NJW 1947/48, 213) für die Rspr. des RG zu den "Gute-Sitte-Klauseln". - Man sollte allerdings die Realisierung bestimmter Prinzipien durch Generalklauseln nicht dahingehend umdeuten, daß diese bereits eine Verweisung auf die entsprechenden Prinzipien enthalten.

⁶Darin zeigt sich eine deutliche Tendenz zur Systematisierung (Diederichsen, Topisches Denken, NJW 1966, 704; Canaris, System, S. 152; anders noch Lücken, S. 107 Fn. 172).

artigkeit der rechtlichen Wertung bereits mit der Fallvergleichung einsetzt¹ und auch mit der Formulierung eines normativen Typus nicht beendet ist, weil der Typus immer "offen" bleibt für die Einbeziehung weiterer Fälle und die sich daraus ergebende inhaltliche Verdeutlichung und Modifikation des tragenden Rechtsgedankens². Zu klären bleibt, was Fallgruppe und Typus unterscheidet, inwiefern der Typus von den spezialisierten Einzelregelungen abstrahiert und wie Rechtsfindung aufgrund der Generalklausel sich mit Hilfe des formulierten Typus vollzieht.

bc) Die Bildung von Typen und die Zuordnung zu ihnen

Die Ordnung von Einzelregelungen - oder von deren Tatbeständen unter Absehen von der ohnehin einheitlichen Rechtsfolgenanordnung - zu Fallgruppen ist Teil der Bildung normativer Typen³. Die Kennzeichnung als Zusammenfassung rechtlich "gleichsinniger" Erscheinungen, als Umgrenzung eines Objektbereichs durch Ausrichten auf einen Rechtsgedanken⁴, trifft sowohl auf die Fallgruppe als auch auf den Typus zu. Der Unterschied liegt nur darin, daß die Fallgruppe noch mehr die Vielfalt der zusammengefaßten Fälle in den Vordergrund rückt, während mit dem Typus mehr die Einheitlichkeit des die Zusammenfassung leitenden und bewirkenden Rechtsgedankens betont wird. Auf diesen Unterschieden beruhen auch die geringfügigen Abweichungen im Rechtsfindungsverfahren unter Zuhilfenahme von Fallgruppen einerseits und erfolgreich formuliertem Typus andererseits. Während die Einordnung in die Fallgruppe primär von der Ausgestaltung des Sachverhalts ausgeht und darauf abzielt darzulegen, daß der

¹ Leenen, S. 70; Larenz, Fall, Festgabe für H. und M. Glockner, S. 159 f; Grundformen, Festschrift für Walter Wilburg, S. 222.

² So auch Leenen, S. 65 und Strache, S. 55.

³ Fikentscher (S. 656) bezeichnet Typen sogar als gebündelte Sachverhalte. Vgl. auch Leenen, S. 70; Röhl, Rechtstatsachenforschung, S. 63; Zippelius, ML, S. 82 f.

⁴ Leenen, S. 43 und insoweit auch Strache, S. 24, 46.

neue Sachverhalt sich in eine Gruppe vorhandener, untereinander ähnlicher einpassen läßt, weil er mit Blick auf die in Frage kommende Rechtsfolge nur in unwesentlichen Punkten von diesen abweicht, steht bei der Zuordnung¹ zum gewonnenen Typus die Bemühung im Vordergrund, den neuen Sachverhalt als Ausprägung des für den Typus konstitutiven Rechtsgedankens darzustellen², wobei freilich der Vergleich mit bereits als solchen gesicherten Gestaltungen³ eine entscheidende Rolle spielt. Zugespitzt formuliert wird man sagen können, daß das Vorgehen sich nur dadurch unterscheidet, welche der beiden unverzichtbaren Komponenten mehr betont wird. Liegt der Nachdruck auf der tatsächlichen Gestaltung, spricht man von Einordnung in die Fallgruppe, stellt man das Sinnmoment verstärkt heraus, liegt Zuordnung zum Typus vor⁴.

Diese Überlegungen liefern auch den Ansatzpunkt für die Erörterungen der Möglichkeit der Abstraktion von den auf ganz spezielle Sachverhalte zugeschnittenen Einzelregelungen. Typisierung ist nämlich, wie aus den vorstehenden Darlegungen unschwer zu entnehmen ist, notwendigerweise Abstraktion⁵. Allerdings erfolgt sie bei ihr nicht im Wege der Festlegung auf unverzichtbare tatsächliche Kriterien und der Bildung von Klassen, denen unausweichlich auch Fälle angehören, die nicht als Ausprägungen eines einheitlichen Rechtsgedankens verstanden werden können. Vielmehr sieht Typisierung von dem Erfordernis bestimmter tatsächlicher Merkmale ab und verlangt Einheitlichkeit des in den Einzel-

¹ Wegen ihrer Abgrenzung gegenüber der Subsumtion vgl. Leenen, S. 39 f.

² Larenz, Grundformen, Festschrift für Walter Wilburg, S. 219 f.

³ Strache (S. 55) ist darin zuzustimmen, daß auch die ausgeschlossenen Gestaltungen als negative Muster Bedeutung für die Zuordnungsfrage haben.

⁴ Sie kann erfolgen, wenn die in Frage stehende Erscheinung "sich als unter dem konstitutiven Wertgesichtspunkt gleichgelagert erweist" (Leenen, S. 44).

⁵ Leenen, S. 65; Larenz, Fall, Festgabe für H. und M. Glockner, S. 150.

regelungen realisierten Rechtsgedankens¹ mit der weiteren Folge, daß selbst typische Züge keine unerläßliche Voraussetzung für die Zuordnung bilden, sondern nur beispielhafte, hinweisende Bedeutung haben².

bd) Zur Möglichkeit der Schaffung begrifflich gefaßter Tatbestände

Mit dieser Feststellung ist allerdings zur Möglichkeit der Schaffung begrifflich im engeren Sinne gefaßter Tatbestände nichts gesagt. Beide Arten von Abstraktion schließen einander nämlich nicht nur nicht aus, sondern die gesetzliche Bildung genereller begrifflicher Tatbestände knüpft regelmäßig an vorhandene Typen an. Es empfiehlt sich daher, sich zunächst zu verdeutlichen, wie der Gesetzgeber bei dieser "Umformung" vorgeht, um von der so gewonnenen Grundlage aus zu beurteilen, welche Möglichkeiten insoweit im Rahmen der Konkretisierung der hier in Frage stehenden Art von Generalklauseln bestehen. Stark vereinfacht kann man sagen, daß der Gesetzgeber einen oder mehrere der den vorhandenen Typus mehr oder weniger prägenden Züge³ herausgreift und generalisiert und für den Eintritt der in Aussicht genommenen Rechtsfolge unter Absehen von allen übrigen Merkmalen auf ihr Vorhandensein im Entscheidungsfall abstellt⁴. Die Auswahl dieser "Ersatzmerkmale"⁵ wird geleitet von Sekundärwertungen⁶ wie z.B. dem Streben nach Rechtssicherheit oder dem Bemühen, der Entwicklung des Rechtslebens für den frag-

¹ Diese Abgrenzung ist aber ihrerseits nicht begriffslogischer, sondern typologischer Natur (Leenen, S. 56 gegen Strache, S. 42 f).

² Leenen, S. 109; Larenz, ML, S. 199 ff, 289; Grundformen, Festschrift für Walter Wilburg, S. 218.

³ Zur Möglichkeit der Anknüpfung an "blasse" Merkmale Leenen, S. 107.

⁴ Zum Verfahren der Begriffsbildung aus dem Typus allgemein Leenen, S. 96.

⁵ Wegen der Herkunft des Begriffs vgl. Leenen, S. 96 Fn. 1.

⁶ Leenen, S. 109.

lichen Bereich eine bestimmte Richtung zu geben¹. Zwingende Konsequenz dieses Vorgehens ist eine Verschiebung des von der Norm erfaßten Objektbereichs², d.h. die Ausdehnung der Regelung auf Fälle, in denen der den Typus kennzeichnende und zusammenhaltende Rechtsgedanke nicht zutrifft oder die Vernachlässigung von Fällen, die dem Typus zuzuordnen sind, obwohl das ausgewählte Merkmal bei ihnen fehlt³. Der Grund liegt darin, daß es keinen Zug geben kann, der für einen Typus konstitutiv ist⁴. Der Typus ist die Zusammenfassung gleichsinniger Fälle, konstitutiv ist bei ihm die Einheitlichkeit des tragenden Rechtsgedankens⁵. Der durch einen nur ihm eigenen, bei ihm aber immer vorkommenden Zug gekennzeichnete "Gattungstypus" ist in Wahrheit kein Typus, sondern ein Klassenbegriff⁶.

Während sich aber die im Rahmen der Gesetzgebung ergebenden Verschiebungen des Objektbereichs mit der bis zur Schwelle des Willkürverbots reichenden gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit rechtfertigen lassen, weil diese dem Gesetzgeber nicht nur die Entscheidung über das Ob und Wie einer Regelung, sondern auch die Bestimmung ihres Umfanges überläßt, steht den regelmäßig mit der Konkretisierung von Generalklauseln befaßten Organen und Institutionen, inbeson-

¹H.J. Wolff, Typen im Recht, Studium generale 1952, 200; Leenen, S. 104 ff.

²Leenen, S. 97.

³Larenz, ML, S. 202. Dagegen hält Strache (S. 51) es für möglich, aus der "Kernzone des Typus" einen Klassenbegriff herauszuschneiden, dessen Vertreter dem Typus jedenfalls zuzuordnen seien. An seinem Beispiel der Altersgrenzen im Jugendstrafrecht zeigt sich aber die gleiche Verschiebung des Objektbereichs, wie sie Leenen (S. 45 f) an der Regelung der Geschäftsfähigkeit erläutert hat.

⁴Leenen, S. 51 f.

⁵Leenen, S. 44 f und insoweit ebenso Strache, S. 24.

⁶Leenen, S. 51, 97 gegen Strache, S. 24, 48.

dere der Rechtsprechung, eine Berücksichtigung von Sekundärwertungen mit den erwähnten Folgen nicht zu. Abgesehen davon, daß die Schaffung genereller Normen nicht zu ihren Aufgaben gehört, verfügen sie auch nicht über das dazu notwendige Instrumentarium an Hilfsmitteln und Informationsmöglichkeiten¹. Aus den Generalklauseln selbst und insbesondere aus ihrer Konkretisierungsbedürftigkeit läßt sich eine entsprechende Befugnis ebenfalls nicht ableiten. Vielmehr liegt in der offenen Fassung von Generalklauseln mit der Anweisung zur Schaffung von substantiellen Regelungen für die speziellen Sachverhalte unter Rückgriff auf außerrechtliche Maßstäbe eine Stellungnahme des Gesetzgebers für eine material gerechte Entscheidung und gegen die Berücksichtigung von Sekundärwertungen². Die generalisierende Tendenz der Gerechtigkeit, die auch hier Geltung beansprucht, fordert und erzwingt die Gleichbehandlung von unter dem sachlichen Rechtsgedanken gleichsinnigen Fällen³. Das rechtfertigt aber nur die Bildung von Typen, nicht ihre Umformung in begrifflich gefaßte Tatbestände mit den erwähnten Konsequenzen⁴.

Dennoch bestehen Möglichkeiten, die Vorteile, die das Abstellen auf bestimmte tatsächliche Merkmale bringt, in gewisser Weise praktisch zu nutzen. Es gibt Fallgruppen und Typen, bei denen nach und nach erkennbar wird, daß die Zahl derjenigen Merkmale, die überhaupt Bedeutung haben, beschränkt ist, jedenfalls wenn man die in den speziellen Tat-

¹Vgl. Fischer (S. 35) und die von ihm zit. Entscheidung des BGH, NJW 1969, 98, sowie zum Spezialfall der abschließenden zahlenmäßigen Festlegung Hauelsen, NJW 1973, 644.

²Ähnlich Larenz, Gesetzgeber, Festschrift für Henkel, S. 37; Schweizer, S. 115.

³Leenen, S. 90. Das gilt auch dann, wenn man mit Pehle (Pehle-Stimpel, S. 6) in der strengen Beschränkung der Konkretisierung auf das im Einzelfall zur Entscheidung stehende Teilproblem ihren besonderen Vorzug sieht.

⁴Leenen, S. 90. Ähnlich Larenz (Gesetzgeber, Festschrift für Henkel, S. 37), der aber unter engen, selten gegebenen Voraussetzungen Ausnahmen zulassen will (a.a.O. S. 39 und ML, S. 428).

beständen enthaltenen Elemente im Wege der generalisierenden Abstraktion zusammenfaßt. Mit einer solche Kompilation der potentiell relevanten Merkmale wird zwar noch kein genereller Tatbestand geschaffen, unter den subsumiert werden kann, denn eine alle diese Merkmale umfassende "Vollform"¹ würde mehr Sachverhalte, auf die die den Typus konstituierende und zusammenhaltende Wertung zutrifft, aus- als einschließen und das "Mischungsverhältnis" der Elemente ist ja gerade offen und nicht abschließend bestimmbar. Solche "beweglichen Tatbestände"² erleichtern aber die Bildung des relevanten Sachverhalts und die Entscheidung der Frage nach der Berechtigung der gleichen Wertung für den jeweiligen "Fall" außerordentlich, weil von vornherein bedeutungslose Merkmale ausgeschieden werden können und sich hinsichtlich des relativen Gewichts der einzelnen Elemente aus dem vorläufig geschlossenen Kreis allgemeine Grundsätze finden lassen.

Bisweilen kann die Tatbestandsbildung sogar noch einen Schritt weiter vorangetrieben werden, weil sich bestimmte Merkmalskombinationen oder ein einzelnes Merkmal³ heraus-schälen, deren Tragfähigkeit für die Wertungsfrage im Regelfall als gesichert anzusehen ist⁴. In diesen Fällen wird die Einordnungs- bzw. Zuordnungsfrage mehr und mehr durch die Frage nach dem Vorliegen der für die Kombination kenn-

¹Vgl. Leenen, S. 69; Engisch, Konkretisierung, S. 245.

²Zu ihrer "Mittelstellung" zwischen begrifflich gefaßten Regelungen und Generalklauseln, sowie zu ihrer inneren Verwandtschaft mit der Denkform des Typus vgl. Larenz, Grundformen, Festschrift für Walter Wilburg, S. 227 f.

³So genügt z.B. nach ständiger Rspr. (BGH, NJW 1970, 2243; 1972, 1459; WPM 1973, 357; NJW 1974, 2090) bei Bierlieferungsverträgen eine über 20 Jahre hinausgehende ausschließliche Bezugspflicht des Gastwirts allein, um die Nichtigkeit des Vertrages nach § 138 Abs. 1 BGB herbeizuführen.

⁴Bedenklich ist eine zu frühe Festlegung aufgrund eines zu kleinen Fallmaterials (Larenz, ML, S. 428; Paulus, Juristen-Jahrbuch 1965/66, 136 ff., 143 ff; Schweizer, S. 83, 93, 99; Haueisen, NJW 1973, 644).

zeichnenden Merkmale verdeckt und nahezu ersetzt¹. Dagegen ist auch nichts einzuwenden, wenn mit dem Zusatz "grundsätzlich"² die Möglichkeit von Ausnahmen offengehalten wird³, denn praktisch kann nicht ausgeschlossen werden, daß im einzelnen Fall trotz Vorliegens der geforderten dominierenden Züge der den Typus konstituierende Rechtsgedanke nicht zutrifft⁴. Die Feststellung, daß eine solche Ausnahme jeweils nicht vorliegt, läßt sich treffen, indem geprüft wird, ob der Fall andere zusätzliche Merkmale aufweist, die das Gewicht der sonst die Wertung beherrschenden und tragenden Züge überwiegen und zu einer anderen Beurteilung führen⁵; auch dafür lassen sich nach und nach einheitliche Gesichtspunkte finden. Außerdem ist umgekehrt zu beachten, daß das Fehlen dieser besonders markanten Merkmale in keinem Fall den Schluß erlaubt, daß die Konkretisierung der Generalklausel für den Sachverhalt nicht in Betracht kommt⁶. Die Zuordnung zum gebildeten Typus kann vielmehr trotz abweichender tatsächlicher Gestaltung berechtigt sein.

be) Die Grenzen der Generalisierung

Mehr ist an tatbestandlicher "Verfestigung" nicht erreichbar. Damit soll allerdings nicht bestritten werden, daß in Zeiten sehr ruhiger Rechtsentwicklung die Ausnahmefälle in manchen

¹ Ganz ähnlich Leenen, S. 59.

² Canaris (System, S. 59) bezeichnet dieses Wort als für den Juristen charakteristisch.

³ Paulus (Juristen-Jahrbuch 1965/66, 141) spricht von beweglichen Elementen in den bei idealem Verlauf der Entwicklung schließlich erreichbaren Tatbeständen.

⁴ Ebenso Leenen, S. 66; Strache, S. 58.

⁵ Zum parallelen Problem bei Vorliegen einer gesetzlichen Typenbeschreibung ebenso Leenen, S. 93.

⁶ Leenen, S. 93.

Bereichen in der Praxis so weit zurücktreten, daß ihre Erwähnung kaum noch für nötig gehalten wird. Daran, daß ihre Bedeutung in Zeiten der Auflockerung wieder zunehmen kann und zunimmt, zeigt sich jedoch, daß diese Ausnahmen nicht schon vom Grundsatz her außer Acht gelassen werden können¹.

Abschließend bleibt noch festzuhalten, daß das theoretisch Mögliche keineswegs durchgehend realisierbar ist², weil in Teilbereichen die Entwicklung wegen geringer praktischer Bedeutung oder aus anderen Gründen über Einzelregelungen nicht hinausführt oder weil ein den Typus beherrschendes Merkmal nicht erkennbar wird. Vor allem ist aber zu bedenken, daß jeder Versuch einer abschließenden, eine Generalklausel insgesamt ersetzenden Tatbestandsbildung an der sich aus ihrer Rechtsergänzungsfunktion ergebenden prinzipiellen Unabgeschlossenheit scheitern müßte³. Das Nebeneinander⁴ von festen Tatbeständen, normativen Typen, Einzelfallregelungen und der Möglichkeit zu unvermittelter Konkretisierung unter dem Dach einer Generalklausel kennzeichnet daher keine Fehlentwicklung, sondern ist typisch.

Damit sind die Möglichkeiten der Konkretisierung durch Anknüpfung an bereits geglückte oder jederzeit vornehmbare unmittelbare Konkretisierungen erschöpft. Zu erörtern bleibt nur noch, ob sich zur weiteren inhaltlichen Präzisierung der Generalklauseln noch andere Konkretisierungen, die als Ausgangspunkt dienen können, erschließen lassen.

¹ Vgl. dazu H.J. Wolff, Typen im Recht, Studium generale 1952, 202; Strache, S. 107.

² Ebenso Leenen (S. 71), nach dessen Ansicht das auch gar nicht stets erstrebenswert wäre.

³ Larenz, Entwicklungstendenzen, JZ 1962, 106; ML, S. 203; AT, S. 374; Göldner, S. 107; Coing, Allgemeine Rechtsgrundsätze, NJW 1947/48, 213; Merz, Auslegung, AcP 1964 (163), 333; Strache, S. 74 f, 107; Kramm, S. 77. Die prinzipielle Unabgeschlossenheit ist verkannt bei Nastelski, GRUR 1968, 547.

⁴ Leenen (S. 74) spricht anschaulich von Konkretisierungsschichten, die man als Reihe darstellen könne.

2) Die Verwertung gesetzlicher Konkretisierungen zur Normbildung

Am naheliegendsten erscheint es, nach solchen anderen Konkretisierungen im Gesetz selbst zu suchen¹, denn es ist offensichtlich, daß aus dem Gesetz selbst zu entnehmende im Gegensatz zu den unmittelbar gewonnenen Konkretisierungen sogar den Vorteil hätten, daß es bei ihnen keines Nachweises der Richtigkeit bedürfte, bevor sie als Anknüpfungspunkte für die weitere Normbildung dienen könnten². Der Grund liegt darin, daß ihnen als substantiellen gesetzlichen Regelungen eo ipso sachliche Geltungskraft zukommt, die direkt auf ihrer gesetzlichen Anordnung beruht und keiner zusätzlichen Rechtfertigung bedarf. Es kommt hinzu, daß für ihre Verwertung insofern ein besonderes Bedürfnis besteht, als sie wegen ihrer direkten Anwendbarkeit für ihren Sachbereich die Entstehung von unmittelbaren Konkretisierungen, die in der dargestellten Weise als Argumentationsbasis für die Regelung verwandter Gebiete dienen können, verhindern³, da die Generalklausel als Rechtsergänzungsquelle gegenüber vorhandenen substantiellen Regelungen subsidiär ist⁴. In diesem Vorrang der gesetzlichen Konkretisierung ist nun aber umgekehrt auch der Grund für die Zulässigkeit ihrer Verwertung für die Konkretisierung der Generalklausel zu sehen, ihre Existenz verhindert nicht nur die Konkretisierung, sondern macht die Aufstellung einschlägiger unmittelbarer Konkretisierungen der Generalklausel insoweit auch entbehrlich.

¹ Dazu, daß es auch auf der Stufe der Gesetzgebung Konkretisierung i.S. spezialisierender (wertungsmäßiger) Bestimmung gibt, vgl. Engisch, Konkretisierung, S. 77 f. Zu beachten sind auch die Ausführungen über Bedeutung und Funktion gesetzlicher Konkretisierungen von materialen Verfassungsprinzipien bei Göldner, S. 88 ff.

² Eine verbindlichere Interessenwertung als die des Gesetzgebers in vergleichbaren Interessenlagen kann es für die Konkretisierung von Generalklauseln nicht geben. So Rüthers, Unbegrenzte Auslegung S. 260 und im Ergebnis Strache, S. 93.

³ Man darf allerdings umgekehrt auch nicht übersehen, daß gesetzliche Konkretisierungen vielfach nur die Konsequenz aus der erkennbaren Unmöglichkeit der unmittelbaren Konkretisierung sind (v. Hippel, S. 39).

⁴ S. oben 2. Kapitel A.

Die Schwierigkeit liegt hier aber darin, daß für die zu verwertende Vorschrift vorweg der Nachweis geführt werden muß, daß eine gesetzliche Konkretisierung vorliegt. Die entscheidende Frage ist, welchen Kriterien eine Regelung genügen muß, damit sie als gesetzliche Konkretisierung einer bestimmten Generalklausel bezeichnet und als solche genutzt werden kann.

a) Die Merkmale gesetzlicher Konkretisierungen von Generalklauseln

Eine gewisse Sonderstellung nehmen diejenigen gesetzlichen Vorschriften ein, die das Gesetz mit Formulierungen wie "dies gilt insbesondere, wenn" im Rahmen der sogenannten exemplifizierenden Gesetzgebungsmethode einer Generalklausel als substantielle Beispiele beifügt. Zur Veranschaulichung braucht hier nur auf § 138 Abs. 2 BGB im Verhältnis zur Generalklausel des Abs. 1 hingewiesen zu werden. Bei dieser Art von Bestimmungen scheint sich ihre Qualifikation als gesetzliche Konkretisierung der zugehörigen Generalklausel bereits aus eben dieser expressis verbis ausgesprochenen Verknüpfung zu ergeben. Bei näherer Betrachtung stellt sich jedoch die Frage, ob es sich nicht in Wahrheit nur um einen zwar in der Praxis durchweg richtigen, aber keineswegs unwiderleglichen ausdrücklichen Hinweis auf eine Schlußfolgerung handelt, die auf eigenständigen sachlichen Kriterien beruht, denn andernfalls müßte jede substantielle gesetzliche Norm, die in der angegebenen oder einer ähnlichen Art und Weise als Konkretisierung gekennzeichnet wird, unbesehen als solche hingenommen werden. Daß das nicht richtig sein kann, braucht nicht näher ausgeführt zu werden.

Für die Beantwortung der Frage empfiehlt es sich vielmehr zu untersuchen, was die in den bereits erörterten Verfahren gebildeten Normen zu Konkretisierungen der Generalklausel macht,

um daraus abzuleiten, welche Voraussetzungen auch gesetzliche Konkretisierungen erfüllen müssen, damit sie diese Bezeichnung verdienen. Für die bereits dargestellten Präzisierungen von Generalklauseln ist nun zweierlei kennzeichnend: Erstens müssen Konkretisierungen der Generalklausel die Regelung von Rechtsproblemen betreffen, die innerhalb des durch die generellen Merkmale und die Rechtsfolgenanordnung der Generalklausel abgesteckten Problemkreises angesiedelt sind, was durch die Aufnahme dieser Elemente in die Regelung sichergestellt wird. Zweitens müssen die weiteren Teile des Tatbestandes aufgrund der von der Generalklausel geforderten Beurteilung gebildet sein, d.h. die weiteren Merkmale müssen diese Beurteilung in dem erörterten Sinne tragen. Diese beiden Erfordernisse lassen sich aber nicht in gleicher Weise verallgemeinern, vielmehr muß in dieser Hinsicht differenziert werden.

Die Forderung, daß der durch die bestimmten Merkmale der Generalklausel gezogene Rahmen von "Konkretisierungen" nicht überschritten werden darf, ist unverzichtbar; bei Regelungen, die Fragen betreffen, die außerhalb des damit festgelegten Problemzusammenhangs stehen, kann nicht von substantieller Ausfüllung dieses Rahmens, von sachlich-inhaltlicher Präzisierung der insoweit unbestimmten Vorschrift gesprochen werden¹. Daher müssen auch gesetzliche Konkretisierungen diese Grenze beachten. Man kann es auch so ausdrücken, daß von einer gesetzlichen Konkretisierung einer Generalklausel nur bei solchen gesetzlichen Regelungen die Rede sein kann, die die in der Generalklausel enthaltenen bestimmten Tatbestandsmerkmale verwenden und keine andere als die von der Generalklausel vorgesehene Rechtsfolge an-

¹ Damit ist nicht gesagt, daß gesetzliche Regelungen der gleichen Frage für einen anderen Problemkreis bei der Generalklauselkonkretisierung keinerlei Bedeutung haben können. Sie stellen vielmehr einen wichtigen Gesichtspunkt für die Tragweite eines der Rechtsordnung angehörenden Prinzips dar, dessen weitere Realisierung die Generalklausel ermöglicht. Vgl. Diederichsen, SAE 1968, 130 zu §§ 74 ff HGB im Verhältnis zu § 133 f GewO.

ordnen¹.

Das erwähnte zweite Kennzeichen der unmittelbar gebildeten Konkretisierungen läßt sich nicht ebenso uneingeschränkt zu einem von gesetzlichen Konkretisierungen zu fordernden Kriterium machen. Eine echte Bindung an die in der Generalklausel vorgesehene Beurteilung ist nur sinnvoll, soweit ergänzende Rechtsfindung in Frage steht, d.h. soweit es um die Bildung substantieller Normen aufgrund der Generalklausel geht. Ihr gibt die Bindung daran Richtung und Sicherheit und verhindert die völlige Beliebigkeit der für den eingegrenzten Fragenbereich zu schaffenden Regelungen. Soweit der Gesetzgeber aber selbst Teile des von der Generalklausel abgesteckten Terrains ausfüllt, ist eine solche Bindung der Regelung nicht nur nicht notwendig, sondern auch nicht sinnvoll, denn einerseits würde das die gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit ohne sachlichen Grund einschränken und andererseits auch dem Gesetzgeber eine Konkretisierung verwehren, wo die im übrigen zu erbringende Beurteilung eben nicht zu begründen und aus diesem Grunde eine gesetzgeberische Präzisierung der maßgeblichen Wertungen in besonderem Maße nötig und wünschenswert ist².

In abgeschwächter Form behält das Wertungselement der Generalklausel jedoch für die Ermittlung gesetzlicher Konkretisierungen durchaus seine Bedeutung. Ebenso wie bei den durch Anknüpfung an unmittelbare Konkretisierungen gebildeten Normen kann auch hier nur von einer Konkretisierung der Generalklausel gesprochen werden, wenn wenigstens der mögliche Wortsinn des Wertungselements gewahrt ist. Andernfalls

¹Das ist übersehen in BAG, SAE 1969,46, wo § 74 a Abs. 1 HGB als Konkretisierung des § 138 Abs. 1 BGB bezeichnet wird.

²Der Gesetzgeber kann aber seine Beispiele zusätzlich davon abhängig machen, daß die von der Generalklausel geforderte Beurteilung zutrifft, wie das z.B. in § 243 StGB und in einer Reihe von anderen Bestimmungen für besonders schwere Fällen geschehen ist. In der Sache handelt es sich bei dem darin liegenden Korrektiv für die Beispielsfälle um nichts anderes als um eine ausdrückliche Anordnung teleologischer Auslegung (Noll, JZ 1963,300 f).

liegt eine Spezialregelung vor, die nicht mehr als sachliche Präzisierung der allgemeinen rechtlichen Anordnung angesehen werden kann.

Es zeigt sich also, daß die oben geäußerte Vermutung zutrifft, daß die Qualifikation einer substantiellen gesetzlichen Vorschrift als gesetzliche Konkretisierung einer Generalklausel von einer ihr ausdrücklich zugewiesenen oder konkludent, z.B. durch ihre Stellung im Gesetz, verlautbarten Beispielfunktion unabhängig ist¹. Für die entsprechende Einordnung kommt es nur darauf an, daß die fragliche Norm eine spezielle Frage aus dem durch ihre bestimmten Merkmale eingegrenzten Funktionsbereich der Generalklausel regelt und sich innerhalb des möglichen Wortsinnes des Wertungselements der Generalklausel hält. Das ermöglicht es, auch solche Normen als gesetzliche Konkretisierungen einer Generalklausel anzusehen, die mit dieser nicht in räumlichem Zusammenhang im Gesetz stehen oder sich gar in Spezialgesetzen finden.

b) Die Möglichkeiten der Verwertung gesetzlicher Konkretisierungen von Generalklauseln

Nach der Klärung der für die Annahme einer gesetzlichen Konkretisierung einer Generalklausel erforderlichen Merkmale bleibt zu untersuchen, in welcher Weise gesetzliche Bestimmungen, die diesen Anforderungen genügen, für die weitere Konkretisierung der Generalklausel genutzt werden können. Dabei können die Erörterungen sich darauf beschränken klarzustellen, ob und gegebenenfalls welche Besonderheiten des Verfahrens der vermittelten Konkretisierung sich daraus ergeben, daß Ausgangspunkt eine gesetzliche Konkretisierung ist.

¹Gernhuber (Festschrift gewidmet der Tübinger Juristenfakultät S. 215 ff) erkennt aber für Billigkeitsnormen nur diesen beiden Gruppen Musterfunktion zu.

ba) Konkretisierende Analogie und argumentum a fortiori

Im Prinzip kann hier für die an eine vorhandene substantielle Norm anschließende Normschöpfung nichts anders als bei der bereits erörterten Fallvergleichung gelten, denn für die direkte Verwertung einer bestehenden Regelung zur Schaffung einer neuen mit gleicher Rechtsfolge stehen nur die auf den positiven Gleichheitssatz gestützten Verfahren der Analogie bzw. des argumentum a fortiori bzw. a maiore zur Verfügung¹. Eine Besonderheit gegenüber der Fallvergleichung liegt nur darin, daß die als Ausgangsbasis dienende Norm regelmäßig bereits erheblich genereller gefaßt ist als die auf unmittelbarer Konkretisierung beruhenden, auf ganz spezielle Sachverhalte zugeschnittenen Regelungen. Die Folge ist, daß auch die auf dieser Grundlage zu gewinnenden neuen Normen eine entsprechende Fassung aufweisen, so daß insoweit eine zusätzliche Generalisierung nicht mehr in Betracht kommt. Der Grund dafür liegt in folgendem: Ähnlichkeitsschlüsse setzen teilweise Übereinstimmung und teilweise Verschiedenheit der Vergleichsobjekte voraus². Da aber einerseits Übereinstimmung Gleichheit der fraglichen Merkmale in Form und Inhalt bedeutet und andererseits die Irrelevanz der bestehenden Unterschiede unter dem maßgeblichen Gesichtspunkt - hier mit Blick auf die in Frage stehende Rechtsfolge - nur für auf der gleichen Stufe stehende Gegenstände festgestellt werden kann, müssen Argumentationsbasis und zu erhärtende Hypothese auf der gleichen Ebene liegen. Für die Bildung dieser Hypothese aus Anlaß der Lösung eines an einem konkreten Lebensvorgang aufgeworfenen Rechtsproblems hat das die Konsequenz, daß von dem aus diesem Lebensvorgang gebildeten Sachverhalt mit vielleicht sehr speziellen Merkmalen erst soweit abstrahiert werden muß,

¹ Nach Ansicht Garstkas (Generalklauseln, JML, S. 117) hat die exemplifizierende Methode nur den Vorteil, daß sie Interpretationshinweise für die unbestimmten Begriffe der Generalklausel gibt.

² Heller, S. 120.

daß diese Voraussetzung erfüllt wird¹. Führt der Ähnlichkeitsschluß zum Erfolg, so hat dieser Vorgang andererseits den Effekt, daß die Anwendbarkeit der neuen Norm auf den Lebensvorgang ohne weitere Prüfung feststeht, weil mit der Entwicklung des Tatbestands aus dem Sachverhalt sichergestellt ist, daß dieser umgekehrt einen Fall der neuen Norm darstellt.

Die praktische Verwertung der vorstehenden Überlegungen soll an einigen Beispielen dargelegt werden. Dabei sind die Beispiele so gewählt, daß sowohl eine als gesetzliches Beispiel der Generalklausel geschaffene als auch eine andere Konkretisierung zum Ausgangspunkt der Analogie gemacht wird.

Scheitert z.B. die Anwendung von § 138 Abs. 2 BGB auf ein bestimmtes Rechtsgeschäft daran, daß es an einem auffälligen Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung fehlt, so stellt sich die Frage der Nichtigkeit des Geschäfts nach § 138 Abs. 1 BGB². Für dessen Konkretisierung im Wege der Analogie zu Abs. 2 wäre es erforderlich, das Merkmal des auffälligen Mißverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung durch ein anderes Merkmal zu ersetzen, das diesem im Hinblick auf die Frage der Nichtigkeit von Rechtsgeschäften gleichwertig ist. Unter diesem Gesichtspunkt ist es aber gleichbedeutend, ob ein Partner eines Rechtsgeschäfts sich unter Ausnutzung der Unerfahrenheit des anderen Partners eine auffällig überhöhte Gegenleistung versprechen läßt oder ob er diese Unerfahrenheit zum Abschluß eines erkennbar für den Partner undurchführbaren Geschäfts nutzt, um sich gefahrlos einen Schadensersatzanspruch zu verschaffen. In beiden Fällen wird die Unerfahrenheit des Geschäftspartners dazu

¹ Heller, S. 120.

² Das Gleiche gilt bei Fehlen eines anderen Merkmals des Abs. 2. Die Berücksichtigung des Leistungsmißverhältnisses im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB ist nicht generell (so aber anscheinend Mayer-Maly, Sittenwidrigkeit, S. 29 f), sondern nur dann unzulässig, wenn andere Merkmale nicht hinzukommen - Wertung des Abs. 2 (Larenz, AT, S. 377; Palandt-Heinrichs § 138 Anm. 2 a).

ausgenutzt¹, sich auf dessen Kosten einseitig Vorteile zu verschaffen, die von einem nicht in dieser Weise unterlegenen Geschäftspartner niemals zu erlangen wären. Es handelt sich in beiden Fällen um die Ausnutzung einer überlegenen Position des Begünstigten ohne Berücksichtigung der Interessen des Vertragspartners, die das Recht nicht billigen oder unterstützen darf.

Durch konkretisierende Analogie zur gesetzlichen Konkretisierung des § 138 Abs. 2 BGB² ergibt sich also, daß folgende Regelung als weitere Konkretisierung des § 138 Abs. 1 BGB angesehen werden kann: Nutzt jemand die Unerfahrenheit eines anderen zum Abschluß eines erkennbar für diesen undurchführbaren Rechtsgeschäfts aus, um sich gefahrlos einen Schadensersatzanspruch zu verschaffen, so ist das Rechtsgeschäft nichtig³. Die Frage nach der Zulässigkeit der Verwertung des § 138 Abs. 2 BGB als Analogiebasis bedarf keiner näheren Erörterung, weil offenbar ist, daß die vom Gesetzgeber als Beispiel der Generalklausel gewählte Vorschrift den oben herausgearbeiteten Kriterien einer gesetzlichen Konkretisierung genügt, deren rechtliche Wertung auf weitere Tatbestände erstreckt werden kann.

Dieser Gesichtspunkt ist auch bei der Beurteilung der Entscheidung des BAG vom 13.9.1969⁴ zur Frage entschädigungsloser Wettbewerbsverbote für nichtkaufmännische Arbeitnehmer von besonderer Bedeutung, in der das BAG zu einer allgemeinen Anwendbarkeit der für kaufmännische Angestellte be-

¹Die Annahme einer günstigen Offerte allein genügt auch dann nicht, wenn die Undurchführbarkeit des Geschäfts wegen schlechter Vermögenslage des Antragenden dem Annehmenden klar ist (Reich, JuS 1973, 483).

²Henrich, JA 1976, ZR S. 97. Die Bezeichnung wird selten gebraucht, meistens wird von einem Sonderfall gesprochen. Vgl. Larenz, AT, S. 385.

³BGH, NJW 1966, 1451 f. Der BGH hat allerdings weder von konkretisierender Analogie gesprochen, noch ausdrücklich auf die Gleichwertigkeit der weiteren Merkmale abgestellt.

⁴NJW 1970, 626 ff = SAE 1971, 106 ff.

stehenden gesetzlichen Gesamtregelung der §§ 74 ff HGB gelangt ist. Nach der hier vertretenen Auffassung hätte das BAG differenzieren müssen. Bezüglich der Frage, ob das dem angestellten Rechtsanwalt auferlegte Wettbewerbsverbot wegen Fehlens jeder Karenzentschädigung nichtig war, hätte es das Vorliegen einer Lücke verneinen müssen¹, weil mit der Generalklausel des § 138 Abs. 1 BGB eine einschlägige Vorschrift existiert². Das ergibt sich daraus, daß diese Frage in den Funktionsbereich der Generalklausel fällt, weil es um die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts geht. Für die Konkretisierung hätte es durchaus die Wertung des § 74 Abs. 2 HGB im Wege der konkretisierenden Analogie nutzbar machen können, denn für den Grenzfall des Fehlens jeglicher Karenzentschädigung³ kann es heute in der Tat nicht mehr darauf ankommen, ob der Betroffene kaufmännischer Angestellter oder Arbeitnehmer in einem anderen Bereich ist⁴, und die Vorschrift des § 74 Abs. 2 HGB stellt wegen der Regelung der Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts, die von deren möglichem Wortsinn umfaßt wird, auch eine gesetzliche Konkretisierung der Generalklausel des § 138 Abs. 1 BGB dar⁵. Auf diese Art entfällt auch das Bedenken, daß durch die Heranziehung der Generalklausel mit verschiedenen Maßstäben gearbeitet werden müsse⁶, denn die vorhandene gesetzliche Wertung kann übernommen werden⁷.

Richtig ist, daß die Erwähnung des § 138 Abs. 1 BGB in solchen Fällen der "konkretisierenden Analogie" als Umweg er-

¹ Auch insoweit zustimmend Canaris, SAE 1971, 111.

² So auch Larenz (ML, S. 365) ganz generell.

³ Die gesetzlichen Ausnahmefälle des § 75 b HGB bleiben freilich unberührt.

⁴ BAG, NJW 1970, 629 = SAE 1971, 110.

⁵ Im Ergebnis ebenso BAG, SAE 1969, 46.

⁶ So Canaris, SAE 1971, 111.

⁷ Ein Wertungswiderspruch (so das BAG, NJW 1970, 629 = SAE 1971, 110 und Larenz, ML, S. 366 wohl für den Fall einer durchgehenden Heranziehung von § 138 Abs. 1 BGB) liegt insoweit nicht vor. - Wegen des früheren Vorgehens des BAG in solchen Fällen unbezahlter Karenz vgl. NJW 1966, 689 ff.

scheint, dessen es bei Annahme einer Lücke nicht bedarf. Der Grund dafür liegt darin, daß es sich bei Fehlen jeglicher gesetzlicher Anordnung um Fälle "notwendiger Analogie"¹ handeln würde, bei denen Lückenfeststellung und -ausfüllung zusammenfallen, so daß eine besondere Legitimation für das Vorgehen, wie sie der Hinweis auf die Generalklausel und die in ihr liegende Ermächtigung darstellt, entbehrlich wäre. Zuzugeben ist auch, daß das Ergebnis der Fallentscheidung von der Frage, ob eine gerechtfertigte Analogie der Generalklauselkonkretisierung oder der Lückenausfüllung dient, gänzlich unabhängig ist. Es erscheint lediglich inkonsequent, daß einerseits allgemein betont wird, daß Generalklauseln hervorragend geeignet sind, Veränderungen der sozialen Verhältnisse gerecht zu werden und die Rechtsordnung zumindest partiell an solche Veränderungen anzupassen, andererseits aber bei Auftreten eines solchen Falles trotz Vorhandenseins einer einschlägigen Generalklausel eine nachträgliche Lücke anzunehmen, anstatt eben diese Generalklausel und ihre Normbildungsermächtigung nutzbar zu machen.

Dagegen hat das BAG² völlig zu Recht eine Lücke angenommen, soweit die Behandlung der Umstände in Frage steht, die bei Wettbewerbsverboten mit kaufmännischen Angestellten zur Unverbindlichkeit führen. § 138 Abs. 1 BGB kommt hier nicht in Betracht, weil bei Anordnung zwingender Nichtigkeit in diesen Fällen die Möglichkeit übersehen würde, daß der schutzbedürftige Arbeitnehmer die Regelung durchaus als günstig ansehen kann und deshalb daran festhalten will³, ganz abgesehen davon, daß Nichtigkeit hier tatsächlich in aller Regel erst bei viel extremeren Gestal-

¹Vgl. dazu grundlegend Canaris, Lücken, S. 148 ff.

²SAE 1971, 110.

³Dieser aus § 74 a Abs. 1 HGB zu entnehmende Rechtsgedanke würde in diesen Fällen im Wege der rechtlichen Kontrolle eine entsprechende Konkretisierung verhindern.

tungen gerechtfertigt wäre¹.

In diesem Bereich ist aber mit Canaris² an der Methode der Lückenausfüllung Kritik zu üben. Wie Canaris dargelegt hat, haftet den §§ 74 ff HGB mit ihren starren Festlegungen ein erhebliches Stück gesetzgeberischen Beliebens an, das zwar in ihrem eigentlichen Anwendungsgebiet hinzunehmen ist, einer Analogie aber entgegensteht, zumal die einzelnen Arbeitnehmergruppen zu verschiedenartig sind, um einheitlich behandelt zu werden³. Die Gleichstellung aller anderen Arbeitnehmergruppen mit den kaufmännischen Angestellten würde in vielen Fällen zu völlig unangemessenen Ergebnissen führen⁴. Statt dessen hätte das BAG zur Lückenausfüllung zunächst gleichsam noch einen Schritt zurückgehen sollen bis zu den hinter den Einzelbestimmungen stehenden materialen Rechtsgedanken⁵. Auf diese Weise stößt man z.B. für die Frage der zulässigen Dauer des Wettbewerbsverbots auf den Gedanken der sachlich zu rechtfertigenden Laufzeit, der sich seinerseits zu Regelungen konkretisieren läßt, die den verschiedensten Gestaltungen der Arbeitsverhältnisse gerecht werden.

Nach diesen Beispielen zur konkretisierenden Analogie bleibt zum konkretisierenden argumentum a fortiori bzw. a maiore

¹Canaris, SAE 1971,111. - Bei kaufmännischen Angestellten käme eine entsprechende Konkretisierung des § 138 Abs. 1 BGB schon wegen seiner Subsidiarität als Rechtsergänzungsklausel nicht in Betracht. Vgl. BAG, SAE 1971,108 = NJW 1970, 627, aber auch BAG, SAE 1969,46, wo z.B. § 74 a Abs. 1 HGB als Konkretisierung des § 138 Abs. 1 BGB bezeichnet wird und BAG, SAE 1969,149, wo die Heranziehung des § 138 Abs. 1 BGB für ein Wettbewerbsverbot mit einem Arbeiter mit dem Fehlen des berechtigten Interesses des Arbeitgebers (§ 74 a Abs. 1 HGB) begründet wird. Zu letzterem mit Recht ablehnend Nitschke, SAE 1969, 152.

²SAE 1971,111 f.

³SAE 1971,111 f.

⁴Vgl. die von Canaris (SAE 1971,112) angeführten Beispiele.

⁵Canaris, SAE 1971,112.

ad minus statt eines Beispiels zu erwähnen, daß Beispiele in der Praxis selten sind, weil naturgemäß solche Fallgruppen innerhalb des Funktionsbereichs der Generalklausel gesetzlich geregelt werden, auf die der einschlägige Wertungsgesichtspunkt am stärksten zutrifft.

bb) Generalisierung

Hinsichtlich der Möglichkeiten der weiteren Generalisierung der auf die soeben dargestellte Art und Weise gewonnenen Konkretisierungen der Generalklausel genügen einige kurze Bemerkungen. Grundsätzlich kann auch hier durch Generalisierung bereits verfügbarer Konkretisierungen eine weitere inhaltliche Präzisierung der Generalklausel erfolgen. Zu beachten ist allerdings, daß Analogie und argumentum a fortiori zu gesetzlichen Konkretisierungen regelmäßig bereits direkt zu Regelungen führen, die über die bei der unmittelbaren Konkretisierung den ersten Schritt darstellenden, auf den speziellen Fall zugeschnittenen Regeln bei weitem hinausgehen. Insoweit erfolgt Generalisierung hier, wie oben dargelegt, bereits im Rahmen des ersten Schrittes der Konkretisierung durch Schaffung eines von zahlreichen außerordentlich spezialisierten Momenten absehenden Tatbestandes, eine zusätzliche Generalisierung kommt daher erst jenseits dieses Prozesses in Betracht. Sie kann daher nur durch Ersetzung eines Tatbestandsmerkmals durch einen Begriff höherer Abstraktionsstufe erfolgen, der das ersetzte Merkmal einschließt, indem begründet wird, daß die gesicherte Regelung für alle Fälle dieser höheren Klasse in gleicher Weise gilt.

Dabei ist dann folgende Besonderheit von Bedeutung. Während die im Wege der unmittelbaren Konkretisierung gewonnenen Regelungen in den zu bildenden generellen aufgehen und von diesen dann mitumfaßt werden, muß die anzustrebende allgemeinere Norm hier den Ausgangspunkt des gesamten Vorgangs gleichsam aussparen und sich auf eine allgemeinere Fassung

der aus dieser Basis zu gewinnenden Regeln beschränken. Das muß durch einen entsprechenden Zusatz zu dem Begriff höherer Ordnung bewirkt werden. Die Notwendigkeit dazu ergibt sich aus den unterschiedlichen Geltungsgründen; während die gesetzliche Konkretisierung aufgrund ihrer gesetzlichen Anordnung gilt¹, stützen die von ihr aus gebildeten Regeln sich nur auf die Normbildungsermächtigung der Generalklausel und ihre zutreffende Handhabung. Was gemeint ist, zeigt sich an dem gerade erörterten Beispiel des entschädigungslosen Wettbewerbsverbotes. Während sich seine Nichtigkeit bei kaufmännischen Angestellten direkt aus § 74 Abs. 2 HGB ergibt, gilt das gleiche für alle übrigen Arbeitnehmer aufgrund der Generalklausel des § 138 Abs. 1 BGB; für eine beide Bereiche umfassende einheitliche Regelung der Nichtigkeit entschädigungsloser Wettbewerbsverbote ist kein Raum.

¹Canaris, Lücken, S. 20 f.

3. Abschnitt: Die Verbindung eines generell bestimmten Tatbestandes mit einer ein ausfüllungsbedürftiges Element enthaltenden Rechtsfolgeanordnung

Ebenso wie im Rahmen der soeben abgeschlossenen Erörterung der Präzisierungsmöglichkeiten bei nur auf der Tatbestandsseite unbestimmten Generalklauseln ist eine Zweiteilung der Untersuchung nach unmittelbaren Konkretisierungsmöglichkeiten und gegebenen Wegen der vermittelten Konkretisierung auch bei der Darstellung des Vorgehens zur inhaltlichen Präzisierung solcher Generalklauseln sachlich gerechtfertigt, die das ihre Wertausfüllungsbedürftigkeit ausmachende Element in der Rechtsfolgeanordnung enthalten. Der Unterschied dieser beiden Arten von Generalklauseln gewinnt, wie sich sogleich noch näher zeigen wird, erst Bedeutung für die im Rahmen dieser Überlegungen maßgeblichen Fragestellungen, dagegen ist er für die Berechtigung der gesonderten Darlegung unmittelbarer und vermittelter Konkretisierung irrelevant, denn auch bei der hier zu untersuchenden Art von Generalklauseln ist es sinnvoll, zuerst zu fragen, wie sachlich bestimmte Normen direkt aus der Vorschrift selbst gewonnen werden können, um dann zu prüfen, wie mit Hilfe vorhandener oder jederzeit erstellbarer Konkretisierungen weitere neue gebildet werden können, die unmittelbar aus der Generalklausel nicht zu begründen wären.

A. Die unmittelbare Konkretisierung

Auf den ersten Blick erscheint es am naheliegendsten anzunehmen, daß die unmittelbare Konkretisierung von Generalklauseln mit dem Wertungsmoment in der Rechtsfolgeanordnung sich nur insofern von dem gleichen Vorgang bei der bereits besprochenen Gruppe von Generalklauseln unterscheidet, als das von dort bekannte Vorgehen jeweils auf die Bildung des anderen Normteils anzuwenden sei, weil hier nicht die Rechtsfolge, sondern der Tatbestand der Generalklausel und der aus ihr zu gewinnenden substantiellen Normen bestimmt ist,

während die "Offenheit" hier die Rechtsfolgeanordnung betrifft. Bei näherem Zusehen zeigt sich jedoch sehr schnell, daß dieser Unterschied tiefergreifende Konsequenzen hat. Handelte es sich nämlich bei der dargestellten Art darum, alle Tatbestände festzulegen, die eine einheitliche Rechtsfolge verdienen, so müßte es in Umkehrung dieses Vorgangs hier darum gehen, für einen feststehenden Tatbestand alle in Frage kommenden Rechtsfolgeanordnungen zu ermitteln. In Wahrheit gilt es aber, für jede Spezialisierung des allgemein bestimmten Tatbestandes die jeweils richtige Rechtsfolgeanordnung zur Lösung einer einheitlichen Rechtsfrage zu finden.

Diese jeweils passende Rechtsfolgeanordnung muß bei diesen Generalklauseln mit Hilfe der auf ihrer Rechtsfolgeseite vorgesehenen und geforderten Beurteilung gefunden werden. Dabei ist es denkbar, daß die Generalklausel selbst die mögliche Rechtsfolge bereits ihrer Art nach festlegt und nur ihren Umfang oder ihr Ausmaß offenläßt wie bei § 847 Abs. 1 S. 1 BGB, es kann aber auch sein, daß die Generalklausel nur das mit der zu schaffenden Regelung für den jeweiligen Spezialtatbestand anzustrebende Ziel angibt und die mögliche Rechtsfolge im übrigen überhaupt offenläßt, wie dies bei § 744 Abs. 2, 1. HS. BGB oder § 2038 Abs. 1 S. 2, 2. HS. BGB der Fall ist. Aus diesen Überlegungen ergibt sich bereits, daß anders als bei der unmittelbaren Konkretisierung von Generalklauseln der von § 138 Abs. 1 BGB oder § 826 BGB repräsentierten Art eine klare Trennung des Vorgangs der Bildung des Tatbestands von dem Verfahren der Ermittlung der Rechtsfolge nicht durchführbar ist, weil aufgrund der bestimmten Merkmale der Generalklausel allein weder Tatbestand noch Rechtsfolge der zu bildenden substantiellen Norm abschließend festgelegt werden können. Möglich und auch notwendig ist lediglich, die Bedeutung der bestimmten Merkmale der Generalklausel vorab zu klären und dann erst die Wirkungen der geforderten Beurteilung für die Normbildung zu untersuchen. Dagegen besteht die Möglichkeit von Kollisionen

zwischen der auf der Basis der Generalklausel gefundenen Normhypothese und der bestehenden Rechtsordnung ganz allgemein in allen Fällen ergänzender Rechtsfindung; daher ist die Frage der rechtlichen Kontrolle auch hier zu erörtern.

1) Die Bedeutung der generell bestimmten Merkmale

Nachdem sich von vornherein erwiesen hat, daß hier keiner der beiden Normteile endgültig aufgrund der bestimmten Elemente der Generalklausel festgelegt werden kann, ist zu fragen, ob das Verfahren der Übernahme der bestimmten Merkmale hier überhaupt sinnvoll ist und einen Gewinn bei der Normschöpfung verspricht. Die Frage ist uneingeschränkt zu bejahen, hinzuzufügen ist lediglich, daß hier die Komplementärfunktion des Wertungsmoments in beiden Teilen der zu bildenden Norm noch ihre ergänzende Wirkung entfalten muß, bevor die Norm ihre Gestalt gewinnt, während diese Wirkung bei Generalklauseln mit bestimmter Rechtsfolgeanordnung auf die Tatbestandsseite beschränkt ist. Daß hier den feststehenden Elementen in beiden Teilen der Norm noch sie spezialisierende oder überhaupt zusätzliche Merkmale angefügt werden müssen, um die jeweilige konkrete Norm zu vervollständigen, ändert aber andererseits nichts daran, daß in Übereinstimmung mit der Lage bei der auf der Rechtsfolge-seite bestimmten Art von Generalklauseln auch hier der Funktionsbereich der Generalklausel durch ihre bestimmten Merkmale in Tatbestand und Rechtsfolge eingegrenzt ist mit der Folge, daß Regelungen, die diese Grenzen überschreiten, nicht auf die Generalklausel gestützt und als ihre Konkretisierung angesehen werden können. Man kann auch umgekehrt sagen, daß eine Normierung, die die Kennzeichnung als eine auf der Generalklausel beruhende Rechtsschöpfung verdienen soll, wenigstens die aus dieser sicher zu entnehmenden Merkmale und Kriterien aufweisen muß, denn andernfalls beträfe sie gar nicht das Rechtsproblem, auf dessen umfassende Regelung die Generalklausel abzielt.

2) Die Nutzung der Wertungselemente

Die sich aus der Unmöglichkeit der endgültigen Festlegung auch nur eines Normteils allein aufgrund der bestimmten Merkmale ergebende geringere Tragweite dieser Elemente korrespondiert nicht nur mit einer entsprechend erhöhten Gewichtigkeit des Wertungselementes im Vergleich zu derjenigen bei Generalklauseln mit bestimmter Rechtsfolgeanordnung, sondern führt auch zu ganz andersartigen Fragestellungen bei dem Bemühen um die endgültige Festlegung der hypothetischen Norm insgesamt mit Hilfe des Wertungselements der Generalklausel. Während nämlich dort ermittelt werden muß, welche speziellen Umstände tatsächlicher Art die geforderte Beurteilung des generell eingegrenzten Tatbestandes oder einzelner seiner Teile tragen bzw. welche zusätzlichen Elemente eine bestimmte Bewertung im Verhältnis zum bereits feststehenden Tatbestand begründen, geht es hier um die Frage, ob sich eine Regelung finden läßt, deren Tatbestand sich innerhalb des von den generell bestimmten Tatbestandsmerkmalen der Generalklausel gezogenen Rahmens hält und deren Rechtsfolge einerseits von der von der Generalklausel eventuell festgelegten Art ist und andererseits in Bezug auf den Tatbestand die von der Generalklausel geforderte Beurteilung verdient.

Auf das bereits erwähnte Beispiel des § 847 Abs. 1 S. 1 BGB übertragen bedeutet das, daß der Tatbestand der zu bildenden substantiellen Norm eine spezielle Gestaltung von Körperverletzungen oder Freiheitsberaubungen zum Gegenstand haben muß, während die Rechtsfolgeanordnung einen bestimmten Geldbetrag festsetzen muß, der in der vom weiter spezialisierten Tatbestand beschriebenen Konstellation eine billige Entschädigung für den erlittenen nichtvermögensrechtlichen Schaden des Verletzten darstellt. Es zeigt sich also, daß bei Generalklauseln mit dem Wertungselement auf der Rechtsfolge-seite die geforderte Wertung immer ein Urteil über die Relation zwischen zu bildendem Tatbestand und noch offener Rechts-

folge zum Gegenstand hat.

Angesichts der erwähnten nicht unerheblichen Unterschiede in der äußeren Gestaltung, der Tragweite von bestimmten Merkmalen einerseits und Wertungselementen andererseits sowie der Fragestellung zur Verwendung des geforderten Werturteils ist es auf den ersten Blick überraschend, daß diese Unterschiede in den für die Ermittlung von Gegenständen, auf die die geforderte Beurteilung zutrifft, erarbeiteten Grundsätzen keine Entsprechung oder gar Vertiefung erfahren. Vielmehr lassen sich die einschlägigen Verfahrensweisen durchweg von der bereits erörterten Art von Generalklauseln auf die hier zur Debatte stehenden übertragen. Dies gilt sowohl hinsichtlich der Forderung, daß das maßgebliche Urteil nicht auf subjektiven Vorstellungen des jeweiligen Normschöpfers, insbesondere also des Richters beruhen dürfe, sondern sich auf objektive, nachprüfbare Maßstäbe stützen müsse, als auch hinsichtlich der Ermittlung des maßgeblichen Maßstabes selbst. Sie kann auch hier nur im Wege der Auslegung erfolgen und auch die dabei einsetzbaren Interpretationsmittel und Auslegungsgesichtspunkte sind die gleichen. Schließlich ist es hier ebenso wie dort aus den erwähnten Gründen zulässig, im Zweifelsfalle auf die sozialen Normen zurückzugreifen. Die Übereinstimmung beschränkt sich aber nicht auf die Notwendigkeit eines objektiven Maßstabes für die erforderliche Beurteilung und die Modalitäten seiner Ermittlung. Sie setzt sich fort in den Grundsätzen, die bei der Auffindung der nach dem verbindlichen Maßstab in der geforderten Weise zu beurteilenden Gegenstände zu beachten sind, denn trotz der unterschiedlichen Tragweite der Wertungselements fehlt es an einer Rechtfertigung für eine abweichende Behandlung der vorhandenen oder fehlenden Kenntnisse des Normschöpfers, und vor allem des Richters, bezüglich der maßgeblichen Ordnung.

Eine aus der unterschiedlichen Bedeutung des Wertungselements und der darauf beruhenden andersartigen Fragestellung

resultierende Abweichung bleibt aber abschließend zu registrieren. Während bei der Konkretisierung von Generalklauseln mit bestimmter Rechtsfolge nach Beantwortung der Wertungsfrage deren Ergebnis erst noch mit den bereits feststehenden Teilen der neuen Regelung zur Normhypothese zusammengefügt werden muß, erübrigt sich das bei Generalklauseln mit "offener" Rechtsfolge, weil die Wertungsfrage eine Relation zwischen Rechtsfolge und Tatbestand betrifft und die Antwort die komplette substantielle Norm einschließlich der bestimmt gewesenen Merkmale ergibt. Dagegen stellt sich die Frage, wie generell oder speziell die Antwort auf die Beurteilungsfrage, und d.h. die Normhypothese gefaßt werden soll, in völlig gleicher Weise. Auch hier ist eine möglichst allgemeine Fassung dieser Normhypothese anzustreben und diese Bestrebungen finden auch hier ihre natürliche Grenze darin, daß das geforderte Urteil nur für sehr spezielle, typische Verhältnisse mit der nötigen Sicherheit wird abgegeben werden können. Wegen der Möglichkeit verschiedener Rechtsfolgen wird das sogar hier noch in verstärktem Maße gelten. Generalisierung dieser auf sehr spezielle Tatbestände zugeschnittenen Regelungen bildet auch in diesem Bereich ein spezifisch rechtliches Problem, das sich erst nach der endgültigen Sicherung der in der geschilderten Weise gewonnenen Normhypothese stellt.

3) Die rechtliche Kontrolle

Daß die Notwendigkeit der rechtlichen Kontrolle unmittelbarer Konkretisierungen bei allen Generalklauseln besteht, weil es sich dabei um ergänzende Rechtsfindung handelt, deren Ergebnisse mit der gesetzlichen Rechtsordnung kollidieren können, weil ihre Vereinbarkeit mit dem System des geltenden Rechts in dem bis dahin durchlaufenen Verfahren nirgends sichergestellt wurde, ist bereits betont worden. Die für diese Kontrolle im Zusammenhang mit Generalklauseln mit bestimmter Rechtsfolge aufgestellten Regeln lassen sich aber ebenfalls uneingeschränkt generalisieren, denn die Un-

terschiede der Tragweite des Wertungsmoments können sich für diese Frage nicht mehr auswirken, weil in jedem Falle am Ende der unmittelbaren Konkretisierung im engeren Sinne eine Normhypothese steht, die diese Unterschiede der möglichen Grundlagen nicht mehr erkennen läßt. Im Wege der unmittelbaren Konkretisierung gebildete Normhypothesen können also in jedem Falle erst Anerkennung als gültige substantielle Normen beanspruchen, wenn ihre Vereinbarkeit mit den materialen Rechtsprinzipien des berührten Teils der Rechtsordnung und den materialen Verfassungsprinzipien geprüft ist und als gesichert angesehen werden kann.

B. Die vermittelte Konkretisierung

Auch bei der hier behandelten Art von Generalklauseln kann auf die dargestellte Weise keine abschließende inhaltliche Präzisierung erreicht werden. Anders als bei Generalklauseln, bei denen nur eine bestimmte Rechtsfolge in Betracht kommt, zeigt sich dies auch schon ohne nähere Untersuchung daran, daß "zwischen" den unmittelbar zu schaffenden typischen Regelungen weitere Normen fehlen, die nicht bloß negativer Art sein können, während dort die formal durchaus mögliche Argumentation, daß im Falle der Unmöglichkeit unmittelbarer Konkretisierung die fragliche Rechtsfolge eben nicht eintrete, die Notwendigkeit weiterer inhaltlicher Ausfüllung leichter hätte verdecken können. Die dazu erforderliche vermittelte Konkretisierung ist auch hier danach zu untergliedern, ob unmittelbare oder gesetzliche Konkretisierungen den Anknüpfungspunkt bilden.

1) Die Verwertung unmittelbarer Konkretisierungen zur Normbildung

Hinsichtlich der grundsätzlichen Berechtigung zur Verwertung unmittelbarer Konkretisierungen als Ausgangsbasis für die weitere Normbildung kann auf die diesbezüglichen Ausführungen für die Gruppe der auf der Rechtsfolgeseite bestimmten

Generalklauseln Bezug genommen werden¹. Voraussetzung der Anknüpfung ist daher hier ebenfalls die Richtigkeit² der zu verwertenden unmittelbaren Konkretisierung, von der sich der jeweilige Normschöpfer selbst in eigener Verantwortung überzeugen muß.

a) "Fallvergleichung"

Dagegen ist unmittelbar einsichtig, daß die dort für die Erstreckung der gleichen Regelung auf weitere tatbestandliche Gestaltungen herangezogenen Mittel der Analogie und des argumentum a fortiori hier wegen der Offenheit gerade auch der Rechtsfolge nicht ausreichend sind³, denn die Frage lautet nicht, für welche Tatbestände die gleiche Rechtsfolge angezeigt ist, sondern welche Rechtsfolge bei Vorliegen anderer Tatbestände aus dem generell gekennzeichneten Bereich eintreten soll. Um der Beantwortung dieser Frage näher zu kommen, muß man zunächst klären, welchen Anforderungen die gesuchte Regelung genügen muß, um als weitere Konkretisierung der Generalklausel gelten zu können. Dazu ist nicht nur erforderlich, daß sie sich innerhalb der durch

¹ Daß insofern für beide Bereiche das Gleiche gilt, hat Ohlmer (S. 81) bereits zutreffend ausgeführt.

² Diesen Gesichtspunkt sowie den der Notwendigkeit der Fortdauer der Gültigkeit des Präjudizes betont auch Henke, S. 79, 93 ff.

³ Henke (S. 80 f, 88) wendet sich überhaupt gegen die "Fallvergleichung" in diesem Sinne, weil sich z.B. bei der Schmerzensgeldfestsetzung auch bei Kongruenz mehrerer Fälle gleiche Rechtsfolgen verböten. Dann muß man aber den Gleichheitsgrundsatz, für dessen Beachtung auch Henke (S. 73 ff) eintritt, ganz fallen lassen, denn bei anzuerkennender Richtigkeit würde es im Falle völliger Übereinstimmung an Gründen für eine Abweichung in der Rechtsfolge fehlen. In Wahrheit dürfte auch Henke in der Sache nur die Forderung nach äußerster Spezialisierung vertreten, denn er lehnt ausdrücklich nur eine Gleichbehandlung allein wegen der Gleichartigkeit der Verletzung ohne Berücksichtigung weiterer Elemente wie Heilungsverlauf, Lebensalter, Geschlecht, Verschulden ab, die in der Praxis kaum je alle übereinstimmen werden.

die bestimmten Merkmale der Generalklausel gezogenen Grenzen hält, damit sie nicht deren Regelungsbereich und damit die in ihr liegende Normbildungsermächtigung überschreitet, sondern auch, daß sie den gleichen Rechtsgedanken realisiert wie die als Basis dienende unmittelbare Konkretisierung, weil nur in diesem Falle zu Recht davon gesprochen werden kann, daß im rechtlichen Sinne die von der Generalklausel für das Verhältnis von Tatbestand und Rechtsfolge geforderte Beurteilung auch zutrifft. Die erste Aufgabe des Verfahrens der vermittelten Konkretisierung besteht deshalb darin, den tragenden Rechtsgedanken des oder der gesicherten Konkretisierungen, an die angeknüpft werden soll, aufzudecken. Daran anschließend gilt es dann, Regelungen zu finden, die in gleicher Weise Ausdruck eben dieses Rechtsgedankens sind und innerhalb des von der Generalklausel abgesteckten Fragenkreises bleiben.

In der Praxis wird die Frage der weiteren Konkretisierbarkeit der Generalklausel über die gesicherten Regelungen hinaus dadurch aufgeworfen, daß keine dieser Regelungen auf einen Lebensvorgang anwendbar ist¹, für den die Rechtsfrage zu lösen ist, auf deren Normierung die Generalklausel abzielt. Der aus allen Umständen dieses Vorgangs, die potentiell für die aufgeworfene Frage relevant sein können, gebildete Sachverhalt wird durch Abstraktion von den reinen Individualisierungselementen² zum Tatbestand der zu bildenden Norm umgeformt. Diesen Tatbestand gilt es durch Verknüpfung mit einer Rechtsfolgeanordnung zu einer vollständigen Regelung zu komplettieren, die eine Realisierung des-

¹Vgl. Kriele (S. 165), der von der Rechtfertigung unterschiedlicher Rechtsfolgen wegen Unterschieden im Tatbestand spricht.

²Eine radikale Individualisierung lehnt auch Henke (S. 73 ff) bei der Schmerzensgeldregelung ab, er will aber andererseits (S. 79) innerhalb des Rahmens der Präjudizien die Einzigartigkeit eines jeden Falles (!) zur Geltung bringen. Vgl. dazu oben Fn. 3, S. 132.

selben Rechtsgedankens darstellt, den auch die zugrunde gelegte unmittelbare Konkretisierung in eine substantielle Regelung umsetzt, und die den möglichen Wortsinn des Wertungselements nicht überschreitet.

Bei der Suche nach der dazu geeigneten Rechtsfolge bleibt nun nichts anderes übrig, als ähnlich zu verfahren wie bei der Tatbestandsbildung und zu fragen, welche Möglichkeiten der Regelung für einen solchen Tatbestand überhaupt in Betracht kommen. Eine gewisse Eingrenzung der auf diese Weise gewonnenen Auswahl läßt sich sodann in manchen Fällen anhand der Generalklausel selbst treffen, nämlich dann, wenn sie hinsichtlich der Rechtsfolge eine Festlegung auf ein generell bestimmtes Merkmal enthält, auf das dann erst noch zusätzlich die fragliche Beurteilung zutreffen muß. Die durch dieses Merkmal gezogene Grenze darf die vermittelte Konkretisierung ebensowenig überschreiten wie die unmittelbare. Soweit eine Variante aus dem vorläufigen Aufgebot der Rechtsfolgeanordnungen diesen Rahmen sprengt, ist sie daher sogleich auszuschneiden. Die Eliminierung weiterer Gestaltungen aus der verbleibenden Auswahl kann nun nicht anders erfolgen, als daß für jede von ihnen im Wege des Vergleichs zu einer oder mehreren gesicherten substantiellen Normen erörtert wird, ob sie dem einheitlichen Rechtsgedanken¹ in der gleichen Weise gerecht wird wie jene oder nicht².

¹Dazu, daß diese ratio der gesicherten Regelung keineswegs immer zweifelsfrei feststeht und sowohl die Bedeutung der Merkmale als auch die Bestimmung der Rechtsfolge von der diesbezüglichen Auffassung abhängen, Palandt-Thomas § 847, Anm. 1b, 4a; Clemens, S. 153.

²In dieser Form kann "Fallvergleichung" auch zur Präzisierung von Vorschriften verwendet werden, die auf der Rechtsfolgesseite "offen" sind (Zippelius, ML, S. 85 f; Wesen des Rechts, S. 149 f). Als praktisches Beispiel kann die Entscheidung des OLG Karlsruhe (NJW 1969, 1488 ff) dienen, in der das Gericht einen Fall schwerster Körperverletzungen mit Dauerschäden einer Querschnittslähmung gleichstellt und die Größenordnung des Schmerzensgeldbetrages durch einen Hinweis auf die in Fällen von Ehrverletzung anerkannten Summen untermauert. Diesen Fall hat das gleiche Gericht dann wiederum zum Ausgangspunkt für eine weitere Entscheidung (NJW 1973, 851 ff) gemacht, in der es die Rechtsfolge durch wertende Gegenüberstellung der verschiedenen Tatbestände festlegt.

Das Ergebnis dieses "Durchprobierens" kann sehr verschieden ausfallen. So ist es durchaus denkbar, daß keine der untersuchten Möglichkeiten zu rechtfertigen ist mit der Folge, daß für den in Frage stehenden Tatbestand eine Konkretisierung der Generalklausel überhaupt ausscheidet, es kann sein, daß gerade eine bestimmte Regelung paßt, es ist aber auch möglich, daß mehrere Regelungen in gleicher Weise zur Verwirklichung des Rechtsgedankens für diesen Tatbestand geeignet sind. In diesem letzteren Fall muß die Konkretisierung der Generalklausel eine alternative Rechtsfolge enthalten. Wenn die Generalklausel die Rechtsfolge selbst der Art nach festlegt - z.B. Geldentschädigung in § 847 Abs. 1 S. 1 BGB - und nur die praktisch unbeschränkt abstufbare Quantität offenläßt, dürfte diese Form des Konkretisierungsergebnisses sogar die Regel sein, und zwar der Art, daß sich nur ein gewisser Bereich angeben läßt, innerhalb dessen jede Größe als zur Realisierung des Rechtsgedankens geeignete Rechtsfolge anzusehen ist, weil eine nähere Aufgliederung anhand sachlicher Kriterien nicht mehr möglich ist¹.

Daraus wird man zwei praktische Konsequenzen zu ziehen haben: 1. Soweit der konkrete Adressat, der aus der Regelung berechtigt oder verpflichtet wird, sich im individuellen Fall mit seiner Forderung, Leistung etc. in diesem Rahmen bewegt, verhält er sich rechtmäßig. 2. Soweit die im Einzelfall notwendige exakte Festlegung einer neutralen Instanz, insbesondere dem Richter, übertragen werden darf, muß diese dabei, wenn sie insoweit keinen speziellen Regeln unterliegt, eine mittlere Linie einhalten, weil es innerhalb des gegebenen Rahmens keine sachlichen Gründe für ein Abweichen davon zu Lasten eines Beteiligten mehr gibt².

¹Ähnlich Larenz, Rechtsfortbildung, NJW 1965, 3. - Damit und nicht mit Gründen "juristischer Ästhetik" (so aber Henke, S. 116 f) rechtfertigt sich daher die Ablehnung von kleinteiligen, scheinbar exakt berechnenden Entscheidungen in Schmerzensgeldsachen.

²Diese Forderung dürfte nichts daran ändern, daß die Festlegung eine Dezision darstellt (Larenz, Rechtsfortbildung, NJW 1965, 3).

Bevor man eine auf diese Art gefundene Norm als gesicherte Konkretisierung der Generalklausel ansehen darf, muß man abschließend noch prüfen, ob sie nicht ein dem fraglichen Teil der Rechtsordnung angehörendes materiales Rechtsprinzip in einer nicht zu rechtfertigenden Weise beschränken oder durchbrechen würde und daher keine Geltung beanspruchen kann. Die Berechtigung dieser Anforderung an die Norm leuchtet sogleich ein, wenn man auch hier einen Vergleich zur Lage bei den Generalklauseln mit bestimmter Rechtsfolge vornimmt. Dort wurde ein entsprechender Schritt bei der Fallvergleichung zwar nicht ausdrücklich erwähnt und gesondert herausgestellt, in der Sache findet die gleiche Prüfung aber innerhalb der Überlegungen statt, die über die Gleichbehandlungsmöglichkeit des neuen mit einem bereits gesicherten Tatbestand angestellt werden, denn in diesem Rahmen müssen nicht nur die für, sondern auch die gegen eine Gleichbehandlung sprechenden Argumente bewertet werden. Wenn dagegen hier nach Regelungen gesucht wird, die dem gleichen Rechtsgedanken zur Wirksamkeit verhelfen wie die vorhandene unmittelbare Konkretisierung, so findet die Frage der Wahrung der die Rechtsordnung tragenden Rechtsgedanken dabei zunächst keine Berücksichtigung. Diese Feinabstimmung der berührten rechtlichen Wertungen muß daher zum Abschluß des Normbildungsprozesses erst noch nachgeholt werden. Ist die Normhypothese als unbegründbare Beschränkung oder Durchbrechung eines der Rechtsordnung angehörenden materialen Rechtsprinzips zu beanstanden, so kann sie keinen Bestand haben, unterliegt sie dagegen unter diesem Aspekt keinen Bedenken, so kann von ihrer Gültigkeit ausgegangen werden und ihrer Anwendung auf den Ausgangsfall steht nichts mehr im Wege.

b) Generalisierung

Auch bei der hier behandelten Art von Generalklauseln mit Wertungsbegriffen, die sowohl für den Tatbestand als auch die Rechtsfolge der zu bildenden substantiellen Norm be-

deutsam sind, können gesicherte Konkretisierungen nicht nur zur Aufstellung weiterer, ebenso spezialisierter Normen verwendet, sondern auch zur Bildung allgemeinerer und damit zusätzliche Sachverhaltskonstellationen umfassender und abdeckender Regelungsformen genutzt werden. Den ersten Schritt über die isolierte Anknüpfung an Spezialregelungen hinaus bildet auch hier die Zusammenfassung aller Regelungen, die einen einheitlichen Rechtsgedanken realisieren. Auf dieser ersten Stufe beschränkt sich der unmittelbare Nutzen der Bearbeitung der vorhandenen Konkretisierungsergebnisse allerdings auch auf die ständige Verfügungsmöglichkeit über den gesamten Vorrat an Anknüpfungsmöglichkeiten für die Neubildung von Regelungen einer bestimmten Rechtsfrage¹. Dagegen ändert die Existenz einer solchen Sammlung² selbst zunächst gar nichts an dem einzuschlagenden Rechtsfindungsverfahren, sondern es bleibt bei der Fallvergleichung zur Schaffung von Normen für Sachverhalte aus dem Gesamtregelungsbereich der Generalklausel, die mit den vorhandenen Konkretisierungen nicht zu erfassen sind.

Eine gewisse qualitative Veränderung des Verfahrens tritt auch hier erst ein, wenn man von dem Vergleich einer Vielzahl von Normhypothesen mit einzelnen bereits gesicherten Konkretisierungen dazu übergeht, aus möglichst vielen solcher bekannter Regelungen quasi für die zu findende ein Umfeld³ zu schaffen, innerhalb dessen sie sich bewegen muß, um

¹Insoweit ganz ähnlich Henke, S. 92.

²Vgl. z.B. Hacks, Schmerzensgeld-Beträge. Der prinzipiell positiven Stellungnahme Henkes (S. 79 ff, vgl. aber auch bezüglich Mängeln in Schmerzensgeldtabellen S. 128) ist zuzustimmen, auch wenn die Praxis solche Tabellen verbal ablehnt (dazu Henke, S. 47 ff, 51).

³Im Fall der bloß quantitativen Abstufbarkeit der Rechtsfolge wie bei § 847 Abs. 1 S. 1 BGB entsteht eine Reihenordnung oder Typologie (Henke, S. 85 f). Es ist aber zu beachten, daß wegen der ihrerseits nur typologischen Abgrenzung von Typus und Begriff i.e.S. die Abstufbarkeit nur ein nicht unerläßlicher Zug von Typen ist, der hier in reiner Form anzutreffen ist. Vgl. dazu oben Fn. 1, S. 106.

dann durch eine präzise Standortbestimmung innerhalb des so erstellten Rahmens der Regelung selbst endgültige Gestalt zu geben. Auszugehen ist davon, daß von jeder aus Anlaß der rechtlichen Regelung eines Lebensvorgangs erst zu schaffenden substantiellen Norm der aus dem Sachverhalt zu gewinnende Tatbestand jederzeit verfügbar ist. Bringt man diesen Tatbestand in Relation zu möglichst vielen Tatbeständen gesicherter Regelungen aus der Fallgruppe, so erreicht man damit nicht nur eine Einordnung dieses Tatbestandes in den von den berücksichtigten Tatbeständen gebildeten Rahmen, sondern steckt mit Hilfe der diesen Tatbeständen zugehörigen Rechtsfolgen gleichzeitig zumindest auch einen Bereich ab, innerhalb dessen sich die noch zu findende Rechtsfolge bewegen muß.¹ Die innerhalb dieser Grenzen noch verbleibenden Möglichkeiten sind regelmäßig gut zu überblicken und bieten auch praktisch viel eher die Chance des vollständigen "Durchprobierens", wenn nicht überhaupt mit der Einordnung eine Festlegung auf eine bestimmte Rechtsfolge verbunden ist, sei es, weil die Regelungen, zwischen denen die neue anzusiedeln ist, sowieso die gleiche Rechtsfolge vorsehen und diese daher auch für die neue Regelung allein in Betracht kommt, sei es, weil der verbleibende Spielraum so eingeschränkt ist, daß nur eine bestimmte Art der Regelung übrig bleibt.

Während diese Form der Zusammenfassung der Konkretisierungsergebnisse allgemein erreichbar ist, wie sich schon daraus

¹ Vgl. die Entscheidung OLG Frankfurt, NJW 1973, 1415 ff, in der das Gericht den zu regelnden Tatbestand einer Querschnittslähmung in die von ihm gebilligte Tabelle zum "Schmerzensgeld bei Querschnittslähmung" von Ulrich (NJW 1970, 1956 ff) einordnet, die ausgehend von einer Festsetzung für Fälle schwerster Schädigung anhand der Verletzungsfolgen eine Reihenordnung für diese Art von Verletzungen aufstellt. - Anders wohl Henke (S. 87 f), der davon ausgeht, daß Ausgangspunkt immer die (gedachten) mittleren Fälle zwischen den extremen Polen einer Fallgruppe sind, zu deren Schmerzensgeldbeträgen entsprechend den speziellen Umständen Zu- oder Abschläge gemacht werden müssen.

ergibt, daß ihrer Differenzierung nach gleichen, die Normen tragenden Rechtsgedanken und ihrer Ordnung nach Ähnlichkeit der Tatbestände nirgends unüberwindliche Hindernisse entgegenstehen, hängt die weitere tatbestandliche "Verfestigung" von der Voraussetzung ab, daß sich die dargestellten Fallgruppen in Untergruppen untergliedern lassen, für die kennzeichnend ist, daß die ihnen zugehörenden Regelungen die gleiche Rechtsfolge aufweisen. Denn nur das Vorliegen dieser Voraussetzung bietet einen praktischen Ansatzpunkt für die Bildung genereller Normen, weil dann versucht werden kann, die Gestaltungen, für die diese Regelung paßt, umfassend zu bezeichnen. Wegen des dazu einzuschlagenden Verfahrens kann auf die Erörterungen hinsichtlich der Verfestigungsmöglichkeiten bei Generalklauseln mit bestimmter Rechtsfolge verwiesen werden, denn unter der genannten Voraussetzung liegen die Verhältnisse hier ebenso wie dort. Allerdings läßt sich hier auch ebenso wie dort nicht voraussagen, ob und wann die Entwicklung tatsächlich den Punkt erreicht, daß man den Kreis der relevanten Tatbestandsmerkmale als relativ geschlossen bezeichnen und generell kennzeichnen kann, oder sie sich sogar noch weiter vorantreiben läßt.

Lassen sich dagegen solche engeren Fallgruppen mit einheitlicher Rechtsfolge nicht bilden, so bestehen für eine Generalisierung der vorhandenen Regelungen nur geringe Chancen, denn wie an dem Grenzfall der Klauseln mit zwar artmäßig bestimmter, aber bezüglich der Quantität offener und daher theoretisch unbegrenzt abstufbarer Rechtsfolge ersichtlich ist, müßte eine generell bestimmte Regelung eine feste Relation zwischen der Entwicklung des Tatbestandes und der Rechtsfolge herstellen. Dazu wäre aber erforderlich, daß die Festlegung der Rechtsfolge nur von der Ausgestaltung eines artmäßig bestimmten Tatbestandsmerkmals abhinge oder für die Bewertung jedes einzelnen Merkmals eine feste Skala verfügbar ist. Angesichts der Tatsache, daß der Gesetzgeber selbst trotz der ihm zu Gebote stehenden Gestaltungsfreiheit keine solche Festlegung unternommen hat, sondern sich für

eine offene Bewertung entschieden hat, kann die Möglichkeit, daß eine solche Relation aus der Fallgruppe ableitbar wird, praktisch vernachlässigt werden¹.

Eine praktische Erleichterung läßt sich aber auch hier erzielen. Man kann die überhaupt für die Festlegung der Rechtsfolge relevanten Gesichtspunkte allgemein zusammenstellen und damit die Bildung des jeweiligen Sachverhalts und Tatbestandes erheblich vereinfachen. Mehr ist allerdings jenseits der Fallgruppenbildung, von der erwähnten Ausnahme für Regelungsbündel mit gleicher Rechtsfolge abgesehen, nicht erreichbar.

2) Die an gesetzliche Konkretisierungen anknüpfende Normbildung

Abschließend bleibt noch zu klären, was gesetzliche Konkretisierungen zur weiteren inhaltlichen Ausfüllung von Generalklauseln dieser Art beitragen können. Auch in diesem Zusammenhang ist eine weitgehende Übereinstimmung im Grundsätzlichen mit der bereits abschließend behandelten Gruppe nicht zu übersehen. So beruht das Bedürfnis nach Verwertung vorhandener gesetzlicher Konkretisierungen auf den gleichen Gründen wie dort, nämlich auf dem zwangsläufigen Fehlen einschlägiger unmittelbarer Konkretisierungen, und die gesetzliche Anordnung als Geltungsgrund ersetzt wie dort die bei unmittelbaren Konkretisierungen notwendige Prüfung der Richtigkeit für die Eignung als Normbildungsbasis. Ferner genügt auch hier für die Annahme einer gesetzlichen Konkretisierung der Generalklausel, daß es sich um eine substantielle gesetzliche Norm handelt, die eine rechtliche Regelung enthält, die in den durch die bestimmten Merkmale der Generalklausel festgelegten Regelungsbereich fällt und die durch den möglichen Wortsinn des Wertungselements gezogenen Grenzen nicht

¹Vgl. hierzu Henke (S. 125), der zu Recht schon die Vorstellung einer festen Bewertung aller medizinischen Fakten für die Schmerzensgeldregelung für utopisch hält.

überschreitet. Die Parallele gilt sogar hinsichtlich der grundlegenden Stellungnahme zur Art und Weise der Verwendung gesetzlicher Konkretisierungen, denn grundsätzlich kann auch hier die Anknüpfung an gesetzliche Konkretisierungen nur in den von der Verwertung unmittelbarer Konkretisierungen vorgezeichneten Bahnen erfolgen.

Das bedeutet, daß die Verwertung gesetzlicher Konkretisierungen nicht anders möglich ist als durch Herausarbeitung der die Regelung tragenden Wertung und die Suche nach einer eben diesen Rechtsgedanken realisierenden Regelung für einen Tatbestand vergleichbarer Generalität aus dem Regelungsbereich der fraglichen Klausel. Im einzelnen muß dabei nach der Art der in der gesetzlichen Konkretisierung enthaltenen Regelung differenziert werden. Ordnet diese für eine typologisch oder begrifflich gekennzeichnete Fallgruppe eine bestimmte einheitliche Rechtsfolge an, so kann die vermittelte Konkretisierung nur zu dem Ergebnis führen, daß für einen anderen Tatbestand entsprechender Abstraktionshöhe die gleiche - Sonderfall der Analogie, der von der Realisierung des gleichen Rechtsgedankens eingeschlossen wird - oder eine bestimmte andere Rechtsfolge dem gleichen Rechtsgedanken entspricht. Legt dagegen die gesetzliche Konkretisierung für eine Spezialisierung des durch die generell bestimmten Merkmale eingegrenzten Sachbereichs eine feste Relation zwischen der Quantität eines bestimmten Merkmals und dem Umfang der artmäßig bestimmten Rechtsfolge fest, so könnte diese Norm zur Bildung einer neuen Regelung gleichen Sinnes sowohl durch die Übertragung dieser Relation auf eine weitere Spezialisierung als auch durch die Herstellung einer ähnlichen Relation zwischen einem anderen Merkmal und der Rechtsfolge für einen anderen Ausschnitt aus dem gegenständlichen Bereich der Generalklausel verwendet werden.

Bezüglich der Möglichkeiten der Generalisierung der im Wege der vermittelten Konkretisierung im Anschluß an eine gesetz-

liche Konkretisierung gewonnenen substantiellen Normen gilt uneingeschränkt das zu der Gruppe der Generalklauseln mit generell bestimmter Rechtsfolge Ausgeführte. Das bedeutet, daß Generalisierung nur darauf abzielen kann, die für einen bestimmten Tatbestand gefundene Rechtsfolge oder ihre Relation zu einem bestimmten Merkmal für einen Tatbestand höherer Klasse zu begründen. Dieser Tatbestand darf aber wegen der Unterschiede des Geltungsgrundes nur die durch Vermittlung der gesetzlichen Norm möglichen Konkretisierungen, nicht aber diese gesetzliche Konkretisierung selbst einschließen.

4. Abschnitt: Die Maßgeblichkeit eines Rechtsprinzips für die Regelung einer bestimmten Rechtsfrage

Eine gewisse Sonderstellung nehmen Bestimmungen wie § 242 BGB oder § 1353 Abs. 1 S. 2 BGB ein, die für die Regelung eines generell bestimmten Rechtsproblems auf ein vorpositives Rechtsprinzip verweisen, es für die Lösung dieser Frage ins Gesetz rezipieren¹. In der Praxis stellen solche Vorschriften neben den Verweisungen auf die guten Sitten die einzige Gruppe dar, deren Qualifikation als Generalklausel außer Streit steht, sie bilden also quasi die Generalklauseln par excellence². Diese Tatsache und die Unmöglichkeit, sie nach den bisher vorgenommenen Abgrenzungen unmittelbar einem der erörterten Typen zuzuordnen, bietet Anlaß, ihre Kennzeichen näher zu untersuchen, um feststellen zu können, ob sie, wenn auch vielleicht unter gewissen Einschränkungen, doch einem dieser Typen zugerechnet und entsprechend den Grundsätzen dieser Gruppe behandelt und zur Rechtsfindung verwendet werden können.

1). Besondere Kennzeichen und Möglichkeit der Einordnung in eine schon behandelte Gruppe

Zunächst ist festzuhalten, daß auch die mit Verweisungen auf materiale Rechtsprinzipien arbeitenden Generalklauseln generell bestimmte Merkmale enthalten, die den zu regelnden

¹Nach Ansicht von Larenz (Rechtsfortbildung, NJW 1965, 7) sind Generalklauseln die notwendige Form der rechtssatzmäßigen Ausgestaltung von materialen Rechtsprinzipien. Unter der Rezeption von Prinzipien sollte man entgegen Göldner (S. 41) nicht den Vorgang ihres Zugrundelegens unter eine gesetzliche Regelung, sondern erst die Verweisung auf ein Prinzip für die Regelung einer Frage bzw. eines Sachkomplexes verstehen. Darin, daß die in dieser bloßen Rezeption liegende Positivierung als solche nur eine formelle und noch kein substantielles Recht ist, ist Esser (Grundsatz und Norm, S. 75 f) voll zuzustimmen.

²Für die Gute-Sitte-Klauseln stellt Lenckner (JuS 1968, 249) das ausdrücklich fest.

Sachbereich überhaupt erst eingrenzen und die in jeder Generalklauselliegende Normbildungsermächtigung auf eine bestimmte Fragestellung festlegen. So ergibt sich aus § 242 BGB, daß Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte für die Frage der Art und Weise der Leistungsbewirkung im Schuldverhältnis maßgeblich sein soll, und aus § 1353 Abs. 1 S. 2 BGB ist zu entnehmen, daß das Prinzip der ehelichen Lebensgemeinschaft die Schaffung substantieller Regeln über die gegenseitigen Verpflichtungen von Ehegatten, mit anderen Worten über die Ehwirkungen, ermöglichen soll. Die Vorschriften enthalten also einen allgemeinen Tatbestand, innerhalb dessen sich die zu schaffenden sachlichen Regelungen halten müssen. Darin stimmen sie mit den im vorigen Abschnitt erörterten Generalklauseln überein, und es liegt daher nahe zu fragen, ob sie nicht überhaupt als Sonderfall dieses Typs angesehen werden können oder ob die vorhandenen Unterschiede einer solchen Einordnung entgegenstehen.

Diese Unterschiede bestehen nun vor allem darin, daß auf der Rechtsfolgeseite eine begriffliche Fixierung überhaupt fehlt und von einer artmäßigen Festlegung wie etwa in § 847 Abs. 1 S. 1 BGB erst recht keine Rede sein kann. Statt dessen stellen die hier in Frage stehenden Generalklauseln offen auf den in der zu schaffenden Regelung des bestimmten Rechtsproblems zu realisierenden Rechtsgedanken¹ ab. Auf den ersten Blick scheinen diese Abweichungen so gravierend zu sein, daß es unmöglich erscheint, einen gemeinsamen Nenner für beide Erscheinungen zu finden, berücksichtigt man aber, daß für die vermittelte Konkretisierung auch bei den Bestimmungen der vorigen Gruppe in jedem Fall auf den tragenden Rechtsgedanken abgestellt wird und bedenkt man ferner, daß der Unterschied zwischen einem Relationsurteil

¹Mit Göldner (S.24) ist davon auszugehen, daß der Rechtsgedanke bzw. das eine Stufe präzisere Prinzip noch nicht die Zweiteilung des Rechtssatzes in Tatbestand und Rechtsfolge aufweist und sich daher für die Verweisung besonders eignet. A. A. Canaris, Lücken, S. 124; System, S. 51 Fn. 147. Vgl. zu den verschiedenen Stufen der Konkretisierung und Sonderung von Tatbestand und Rechtsfolge bei allgemeinen Rechtsgedanken auch Larenz, ML, S. 458 f.

bezüglich eines bestimmten Tatbestands und einer damit verbundenen bestimmten Rechtsfolge einerseits und der Beurteilung, daß die in eben dieser Verbindung liegende Regelung Ausdruck eines bestimmten Rechtsgedankens ist, andererseits nicht qualitativer, sondern nur gradueller Art und der Übergang zwischen beiden fließend ist, so zeigt sich, daß kein unüberwindliches Hindernis dagegen besteht, die ein materiales Rechtsprinzip rezipierenden Generalklauseln als Grenzfall der auf der Rechtsfolgeseite einen Wertungsbegriff enthaltenden Generalklauseln anzusehen. Die Besonderheit reduziert sich dann darauf, daß hier die Rechtsfolge noch gar nicht begrifflich eingegrenzt ist. Der Grund liegt darin, daß diese Form der gesetzlichen Anordnung gewöhnlich dort anzutreffen ist, wo es um die Normierung eines außerordentlich weiten Problembereichs geht, dessen in Betracht kommende Regelungen so verschiedenartig sein können, daß sie sich einer auch nur umrißhaften begrifflichen Fixierung entziehen.

2) Die Konsequenzen der Einordnung für das Konkretisierungsverfahren

Für die Frage nach dem zur Normbildung aufgrund von Generalklauseln dieser Art einzuschlagenden Verfahren hat die vorgenommene Einordnung die unmittelbare Konsequenz, daß die Konkretisierung grundsätzlich ebenso abläuft, wie es im vorigen Abschnitt für die Regelfälle der auf der Rechtsfolgeseite "offenen" Generalklauseln dargestellt worden ist. Die Besonderheit der Prinzipienverweisung bedingt nur eine geringfügige Modifikation dieses Verfahrens. Im einzelnen soll auf folgende Punkte speziell hingewiesen werden:

a) Auch bei Generalklauseln, die für die Normbildung auf einen allgemeinen Rechtsgedanken oder ein materiales Rechtsprinzip verweisen, liegt keine allgemeine Rechtsfortbildungsermächtigung vor, sondern ist die Berechtigung zur Rechtsergänzung auf den durch die bestimmten Merkmale

umrissenen Problembereich beschränkt. Der scheinbare Widerspruch zu der von Hedemann insbesondere zu § 242 BGB begründeten Auffassung, daß Generalklauseln die Tendenz haben, sich über ihr angestammtes Gebiet hinaus auszudehnen¹ und dem dazu passenden Bild der Kommentare zu dieser und einigen anderen Vorschriften, beruht auf der nach dem hier zugrunde gelegten Begriffsverständnis der Generalklausel nicht aufrechtzuerhaltenden Gleichsetzung² der Generalklausel mit dem Rechtsgedanken bzw. Prinzip³. In Wahrheit stehen die materialen Prinzipien "hinter" den substantiellen Normen⁴, sie repräsentieren die Grundwertungen der Rechtsordnung, die den Einzelregelungen zugrunde liegen, und bilden das "innere System" der Rechtsordnung, das geeignet ist, deren innere Einheit und Folgerichtigkeit zu erfassen.⁵

Das macht die materialen Rechtsprinzipien verwendbar für die systematische Interpretation ebenso wie für die

¹ S. 56 f. Um ein Mißverständnis handelt es sich allerdings, wenn Wurche (S. 30 Fn. 4) annimmt, daß Hedemann die tatsächliche Ausdehnung über das angestammte Gebiet als notwendiges Merkmal der Generalklausel fordert. Hedemann spricht nur von der Eignung zur weitergehenden Verwendung.

² Ein anschauliches Beispiel bildet die Untersuchung Baumgärtels über "Treu und Glauben im Zivilprozeß" (ZZP 1973, 353 ff), wo einerseits ausdrücklich erklärt wird, daß die ZPO keine entsprechende Generalklausel enthalte, dann aber untersucht wird, was die Generalklausel für den Zivilprozeß zu leisten vermag. Dabei geht es offensichtlich um Prinzipienwirkungen.

³ Gegen diese Gleichsetzung der "Weisung" und dem ihren Grund, Kriterium und Rechtfertigung bildenden Prinzip nachdrücklich Esser (Grundsatz und Norm, S. 51 f., 95 f.). Eine deutliche Trennung liegt auch der Aussage von Canaris (System, S. 72) zugrunde, daß die Konkretisierung von Prinzipien und Generalklauseln, die häufig auf jene verweisen, ähnlich verläuft.

⁴ Canaris, System, S. 49 Fn. 141.

⁵ Canaris, Lücken, S. 95; System, S. 46 f.; Larenz, ML, S. 458 ff. Ganz ähnlich auch Jørgensen, S. 115 und Betti, Festschrift für Engisch, S. 205 (221).

Lückenfeststellung und -ausfüllung¹ und hat bei solchen Prinzipien, die wegen ihrer Ranghöhe umfassende Geltung beanspruchen können, die Folge, daß sie ihre Wirksamkeit auch über ihre angestammten Rechtsgebiete hinaus ausdehnen. Generalklauseln von der Art des § 242 BGB machen lediglich von den sonst hinter den substantiellen Regelungen verborgenen Rechtsgedanken expliziten Gebrauch, indem sie für einen engeren oder weiteren Bereich angeben, welches Prinzip hinter den erst noch zu schaffenden sachlichen Normen stehen soll. Für die Rechtsfindung jenseits des Regelungsbereichs der Klausel kann ~~d i e s e r~~ keine Legitimation zur Rechtsfortbildung entnommen werden, sondern sie hat nur Bedeutung für den an der Spitze einer auf das Prinzip gestützten Lückenfeststellung erforderlichen Nachweis², daß das Prinzip dem fraglichen Teil der Rechtsordnung angehört³.

Die den Generalklauseln bisweilen pauschal zugewiesene "regulative Funktion"⁴, die man als "Einflußnahme auf andere Normen mit der Wirkung der Modifikation oder der (teilweisen) Verwerfung deren scheinbar abschließend angeordneter Rechtsfolgen aus übergeordneten Gesichtspunkten" be-

¹ Dabei bedürfen sie ebenfalls der Konkretisierung. Vgl. dazu Canaris, Lücken, S. 161 ff.

² Wegen der Erforderlichkeit dieses Nachweises vgl. Canaris, Lücken, S. 96 f; Esser, Grundsatz und Norm, S. 41.

³ Hierher gehört auch die Bemerkung von Canaris (Lücken, S. 29 Fn. 57), daß die Entwicklung neuer Rechtsinstitute in Anknüpfung an Generalklauseln wie § 242 BGB teilweise in den Bereich der Rechtsfindung contra legem und teilweise in das Gebiet der Lückenfeststellung und -ausfüllung anhand allgemeiner Rechtsprinzipien gehört.

⁴ Ohlmer, S. 43.

schreibt¹, ist nichts anderes² als die auf das in der Generalklausel in Bezug genommene Prinzip gestützte restriktive oder extensive Auslegung bzw. Einschränkung durch Bildung eines Ausnahmetatbestandes³. Der vielfach bei diesen Vorgehensweisen dennoch zu findende Hinweis auf die die Generalklausel verlautbarende gesetzliche Bestimmung erklärt sich aus dem Bemühen, die gefundene Lösung als aus dem Gesetz ableitbar darzustellen, und die Zusammenstellung aller allein im Anschluß an das Prinzip aufgestellten substantiellen Regeln i.V.m. den Konkretisierungen der Generalklausel bei deren Kommentierungen hat meistens den rein technischen Grund des Fehlens einer anderen Anknüpfungsmöglichkeit an eine Vorschrift des behandelten Rechtsgebietes.

Überträgt man die vorstehenden Überlegungen auf § 242 BGB so ergibt sich folgendes: Auf die Generalklausel selbst kann nur die Bildung solcher Regelungen gestützt werden, die die Art und Weise der Leistungserbringung im Schuldverhältnis betreffen⁴. Das dazu von der Vorschrift in Bezug genommene "Treu und Glauben Prinzip" hat dagegen viel umfassendere Bedeutung. Es ist das Rückgrat und die Basis eines jeden modernen Schuldrechts, das seinen angemessenen Standort am Beginn dieses Rechtsgebietes hätte⁵.

¹ Ohlmer, S. 41 Fn. 1. In der Sache handelt es sich um das Gleiche, wenn Rüthers (Unbegrenzte Auslegung, S. 264) von "korrektiver Funktion" oder Hedemann (S. 54) davon spricht, daß Generalklauseln über den Einzeltatbeständen stehen. Vgl. auch Streck, S. 109 f.

² Davon, daß das bloße Zitat des Prinzips vielfach zum Judizieren contra legem und zur unzulässigen Umdeutung in eine Legitimation zur reinen Billigkeitsentscheidung führt, (Merz, Auslegung, AcP 1964 (163), 324) soll hier abgesehen werden.

³ Vgl. dazu Canaris, Lücken, S. 103 ff. Die Bezeichnung "teleologische Reduktion" ist mit Canaris (a.a.O., S. 82 ff) den Fällen vorzubehalten, in denen die Einschränkung der Vorschrift anhand ihrer eigenen ratio und nicht aufgrund eines höherrangigen Prinzips erfolgt.

⁴ Palandt-Heinrichs § 242 Anm. 1a, 2a; Larenz, AT, S. 186; Henrich, JA 1976, ZR S. 148; Gerhard Müller, AuR 1977, 130. Auch insoweit ablehnend Sonnenberger (S. 126).

⁵ Wieacker, Präzisierung, S. 22, 52.

Das würde seinen übergreifenden Charakter und seine umfassende Geltungskraft für alle Einzelregelungen¹ deutlich dokumentieren. Seine redaktionelle Beschränkung auf das "Wie" der Leistung² hat aber nicht nur nicht verhindert, daß das Prinzip auf dieses ganze ihm angestammte Gebiet einwirkt, indem es die Auslegung der einzelnen Bestimmungen beeinflusst und die Feststellung und Schließung von Lücken ermöglicht³, sie stand auch wegen der besonderen Ranghöhe des Prinzips seiner Ausdehnung in nahezu alle Zweige der Rechtsordnung⁴ nicht im Wege.

Für alle auf das Prinzip gestützten Formen der Rechtsfindung außerhalb des Bereichs der Normbildung bezüglich der Modalitäten der Leistungsbewirkung hat aber der Hinweis auf § 242 BGB nur ornamentale Bedeutung⁵. In diesen Fällen liegt

¹Heusinger, S. 108 f.

²Wieacker, Präzisierung, S. 42.

³Zur systematischen Auslegung: Canaris, System, S. 90 ff; Larenz, ML, S. 463; Wieacker, Präzisierung, S. 23. Zur Lückenproblematik: Canaris, Lücken, S. 29 Fn. 57, S. 160 ff; System, S. 95 ff; Vertrauenshaftung, S. 274 ff; Larenz, ML, S. 383, 463; Wieacker, Präzisierung, S. 52 (2. Tatbestandsgruppe).

⁴Staudinger-Weber (A 17, 27) spricht von einem das ganze Recht beherrschenden Grundsatz, und schon RGZ 85, 117 bezeichnete § 242 BGB als besondere Ausprägung eines das Bürgerliche Recht beherrschenden allgemeinen Prinzips. Larenz (Schuldrecht I, S. 108) hebt zu Recht seine besondere Bedeutung für alle rechtlichen Sonderverbindungen hervor.

⁵Der in seiner Nennung liegende Hinweis auf das Prinzip wird mit zunehmender Anerkennung der auf sie gestützten Rechtsfigur mehr und mehr entbehrlich. Vgl. Staudinger-Weber, A 16 a.E.

entweder systematische Auslegung von Normen vor, die das Prinzip in einer speziellen Regelung realisieren¹ oder es handelt sich um die Feststellung und Ausfüllung von Prinziplücken, wenn nicht überhaupt jede sachliche Verbindung zum "Treu und Glauben Gedanken" fehlt² und § 242 BGB als nicht zu rechtfertigende generelle Rechtsfortbildungsermächtigung verstanden wird³.

b) Die aufgrund des Wertungselements zur Ermittlung der Normhypothese zu stellende Frage muß der Tatsache angepaßt werden, daß nicht auf ein Urteil über die Rechtsfolge in Bezug auf den Tatbestand abgestellt wird, sondern auf ein materiales Rechtsprinzip verwiesen wird. Es muß daher nach einer Regelung gefragt werden, die einerseits in den von der Generalklausel festgelegten Problemkreis fällt und andererseits sicher als Ausprägung des in Bezug genommenen Prinzips anzusehen ist.

Wie sind aber nun solche Normen zu gewinnen? Als Lösung für diese Frage bietet es sich an, die zur Begründung der Geltung von materialen Rechtsprinzipien beschrittenen Wege, soweit sie ihren Ausgang von vorhandenen Normen nehmen, in umgekehrter Richtung zu gehen. Das in diesem Zusammenhang wichtigste Verfahren ist die Gewinnung eines allgemeinen materialen Rechtsprinzips aus dem positiven Recht im Wege der Induktion aus einer oder mehreren substantiellen Normen⁴.

¹Vgl. Canaris, Vertrauenshaftung, S. 273 Fn. 25.

²Wieacker, (Präzisierung, S. 43) nennt § 242 BGB in diesem Zusammenhang eine "Eselsbrücke" der richterlichen Rechtschöpfung. - Darüber hinaus ist zu beachten, daß es auch Fehlentscheidungen gibt, die zutreffend gar nicht einzuordnen sind (Canaris, Vertrauenshaftung, S. 273 Fn. 24).

³Als solche bezeichnet sie Rüthers, Unbegrenzte Auslegung, S. 268. Dann handelt es sich aber um eine echte Leerformel, auf deren Text es nicht mehr ankommt (Struck, S. 18).

⁴Dazu Canaris, Lücken, S. 97 ff. und Larenz, ML, S. 369, der die Bezeichnung "Induktion" für mißverständlich hält und statt dessen von "Gesamtanalogie" spricht.

Die Umkehrung dieses Vorgehens verspricht im vorliegenden Zusammenhang allerdings keinen Erfolg, weil sie nur zur Feststellung ohnehin bekannter und gesicherter positivrechtlicher Regelungen führen kann¹. Dagegen ist ein anderes Verfahren durchaus gangbar. Materiale Rechtsprinzipien können auch durch Rückführung auf die Natur der Sache, und d.h. in der Konsequenz auf soziale Normen und kollektive Wertvorstellungen gerechtfertigt werden². Kehrt man nun dieses Vorgehen um, so eröffnet sich die Möglichkeit, aus dem Bestand an gesicherten sozialen Normen diejenigen auszuwählen, die Ausdruck des fraglichen Prinzips sind und spezielle Fragen aus dem von der Generalklausel umfaßten Problembereich betreffen³.

Für die Ermittlung der in Betracht kommenden sozialen Normen selbst gelten auch hier die im zweiten Abschnitt für die Feststellung der die Beurteilung tragenden Normen aus der maßgeblichen Ordnung aufgestellten Grundsätze. Die auf diese Weise gewonnenen Normhypothesen müssen darüber hinaus noch der Prüfung an den das "innere System" der fraglichen

¹ Damit ist allerdings nicht gesagt, daß die auf diese Weise feststellbaren Regelungen überhaupt ohne jede Bedeutung für die Konkretisierung sind. Sie sind vielmehr gesetzliche Konkretisierungen, die für die vermittelte Präzisierung ihre bereits erörterte Wichtigkeit behalten. Lediglich für die Frage der unmittelbaren Konkretisierung bleiben sie außer Betracht.

² Canaris, Lücken, S. 118 ff.

³ Vgl. dazu Esser, Grundsatz und Norm, S. 72; Staudinger-Weber, A 109, 139; Larenz, Schuldrecht I, S. 107. - Als Beispiel zu § 242 BGB kann man auf zahlreiche allgemein anerkannte soziale Regeln bezüglich der angemessenen Tageszeit für die Erbringung einer Leistung verweisen, wie etwa diejenige, daß ein Handwerker nicht zu Zeiten zur Vornahme einer Reparatur erscheinen darf, zu denen nach seiner eigenen Kenntnis alle Haushaltsmitglieder regelmäßig von zu Hause abwesend sind. Diese Regeln betreffen Fragen der Leistungsmodalität und sind Ausdruck von Treu und Glauben.

Teilrechtsordnung bildenden materialen Rechtsprinzipien unterzogen werden, weil ihre Verwendung zu keiner nicht zu rechtfertigenden Beschränkung oder Durchbrechung eines solchen Prinzips führen darf¹.

Genügen sie auch dieser Anforderung, so dürfen sie als unmittelbare Konkretisierungen der in Frage stehenden Generalklausel angesehen werden, denn sie sind auf dem von dieser vorgezeichneten Weg gebildet, ergänzen die Rechtsordnung um bisher nicht vorhandene sachliche Regelungen und fügen sich ohne Bruch in die bestehende Rechtsordnung ein.

c) Das offene Abstellen dieser Art von Generalklauseln auf den zu verwirklichenden Rechtsgedanken legt die Annahme nahe, daß es für die vermittelte Normbildung im Anschluß an unmittelbare Konkretisierungen keiner erneuten Feststellung bezüglich eben dieser ratio bedarf. Diese Überlegung ist aber aus praktischen Gründen nur bedingt zutreffend. Regelmäßig ist der angegebene Rechtsgedanke nämlich so allgemein gefaßt, daß es sich empfiehlt, für die weitere Normbildung nicht nur auf seine Realisierung abzustellen, sondern ihn mit Hilfe der vorhandenen Konkretisierungen zunächst näher zu präzisieren und in Unterprinzipien aufzugliedern und die weitere Rechtsfindung an den gesicherten Normen als Ausprägungen dieser präzisierten Untergliederungen zu orientieren. Wenn eine solche Auffächerung des maßgeblichen allgemeinen Rechtsprinzips gelingt, so stellt das im übrigen bereits eine erste wichtige Weichenstellung für die Bildung von Fallgruppen dar, die ja ohnehin nur möglich ist, wenn sich eine Aufschlüsselung des Konkretisierungsmaterials nach verschiede-

¹Vgl. insoweit Larenz, Schuldrecht I, S. 107.

nen tragenden Rechtsgedanken erreichen läßt¹.

d) Im Zusammenhang mit der durch gesetzliche Konkretisierungen vermittelten Normbildung verdient hier besondere Beachtung, daß als solche nur unmittelbar anwendbare substantielle Normen gelten, die innerhalb der von den bestimmten Merkmalen der Generalklausel gezogenen Grenzen des Sachbereichs liegen. Die besondere Notwendigkeit der Betonung dieses Umstandes beruht darauf, daß es angesichts des regelmäßig besonders weiten Umfangs des Regelungsbereichs der auf Prinzipien verweisenden Klauseln hier öfter vorkommt, daß neben ihnen eine oder mehrere "Untergeneralklauseln" für spezielle Ausschnitte aus diesem Regelungsbereich existieren, die für die Normbildung auf erheblich engere und sachhaltigere Beurteilungen abstellen².

Diese gesetzlichen Bestimmungen stellen keine gesetzlichen Konkretisierungen der umfassenderen Generalklausel dar³ und sind als Anknüpfungspunkte für ihre Konkretisierung daher nicht geeignet, weil sie selbst keine substantiellen Regelungen⁴ enthalten. Dagegen können die aufgrund der engeren

¹ Die systematische Verarbeitung vorhandener Entscheidungen ist für die Sicherstellung der Gleichmäßigkeit der Rechtsprechung unerlässlich (Staudinger-Weber, A 168; Larenz, Schuldrecht I, S. 107). - Als Beispiel solcher Unterprinzipien zu § 242 BGB können die zu Fragen der Leistungserbringung i.w.S. entwickelten Gedanken des Verbots der Leistung zur Unzeit, der Schädigung weiterer Rechtsgüter des Gläubigers, der Verpflichtung zur Aufklärung über mit dem Geschäft verbundene Risiken etc. genannt werden, die ihrerseits wiederum auch außerhalb dieses Ausgangsgebiets fruchtbar gemacht wurden.

² Wie z.B. § 243 Abs. 1 im Verhältnis zu § 242 BGB.

³ Anders Streck (S. 108 f, 115), der alle Bestimmungen der §§ 1355 ff. BGB als gesetzliche Konkretisierungen des § 1353 BGB (a.F.) versteht, obwohl nach seiner eigenen Feststellung jede dieser Vorschriften mit unbestimmten, d.h. wertausfüllungsbedürftigen Begriffen arbeitet.

⁴ Solche stellen aber z.B. im Verhältnis zu § 242 BGB die Vorschriften der §§ 266, 269-271 BGB dar, denn sie betreffen Art und Weise der Leistung und sind Ausdruck von Treu und Glauben (vgl. dazu Larenz, Schuldrecht I, S. 157).

Ermächtigung gebildeten Normen durchaus als Basis für die vermittelte Konkretisierung der übergreifenden Klausel verwendet werden. Das kann allerdings nur für nicht von der engeren Klausel erfaßte Fragestellungen gelten, weil insoweit die speziellere Ermächtigung vorgeht, denn auch im Verhältnis mehrerer Normbildungsermächtigungen zueinander hat der Grundsatz vom Vorrang der *lex specialis* Gültigkeit.

Schlußbemerkung: Die Grenzen der Konkretisierbarkeit und die Bewertung der Generalklausel als gesetzgeberisches Gestaltungsmittel

Nachdem die wesentlichen Arten von Generalklauseln abge-schritten und die Verfahren ihrer inhaltlichen Präzisierung erörtert sind, bleibt abschließend auf dieser Basis zu fragen, wann die Konkretisierung auf nicht überschreitbare Grenzen stößt und ob gegen die Generalklausel als rechtliche Regulationsform auf der Grundlage ihrer Verwendungsmöglichkeiten und der ihnen gezogenen Grenzen generelle Vorbehalte - im Gegensatz zu den sich möglicherweise aus speziellen Anforderungen der Rechtsstaatlichkeit in verschiedenen Rechtsgebieten ergebenden besonderen Bedenken, die hier nicht erörtert werden können - begründet sind.

Anders als bei substantiellen gesetzlichen Regelungen, bei denen es nur dazu kommen kann, daß wegen Veränderungen der Verhältnisse für eine Norm jede praktische Anwendungsmöglichkeit entfällt, ist es bei Generalklauseln darüber hinaus denkbar, daß ihnen von vornherein jede Verwendungsmöglichkeit fehlt, daß sie nicht konkretisierbar sind. Diese Möglichkeit hat ihren Grund in der für die Generalklausel kennzeichnenden "Offenheit", die sowohl eine unbegrenzte Vielzahl von Regelungsgegenständen einerseits als auch als denkbaren Grenzfall ihr völliges Fehlen einschließt. Dieser Grenzfall ist gegeben, wenn über die vorhandenen einschlägigen gesetzlichen substantiellen Regelungen hinaus Konkretisierungen weder im Anschluß an solche noch unmittelbar gewonnen werden können. Dabei ist es im letzteren Fall gleichgültig, ob sich anhand der geforderten Beurteilung schon überhaupt keine verwertbaren Feststellungen treffen lassen oder ob alle auf diese Weise zu ermittelnden Konstellationen der rechtlichen Kontrolle nicht standhalten und deshalb keine Gültigkeit beanspruchen können.

Die Frage ist nun, ob sich aus der sachlichen Unbestimmtheit und der bei jeder Generalklausel latenten Möglichkeit der Nichtkonkretisierbarkeit generelle Einwände gegen ihre Verwendung als gesetzgeberisches Gestaltungsmittel herleiten lassen, weil sie nicht nur selbst keine sachlichen Regelungen schaffen, sondern sogar prinzipiell überhaupt offen bleibt, ob sie jemals zu einer solchen führen.

Bei diesen Überlegungen sind der rechtliche und der rechtspolitische Aspekt zu trennen. Ein genereller rechtlicher Vorbehalt gegen die Verwendung von Generalklauseln läßt sich nicht begründen, denn eine Verpflichtung des Gesetzgebers zur Regelung des gesamten rechtlich relevanten Raumes durch substantielle Normen besteht nicht. Vielmehr verfügt der Gesetzgeber innerhalb des Rahmens der Verfassung einschließlich des Willkürverbots nicht nur über inhaltliche Gestaltungsfreiheit bezüglich seiner Anordnungen, sondern kann auch ebenso frei darüber bestimmen, ob er eine rechtlich relevante Frage überhaupt regeln will oder nicht. Es steht ihm daher rechtlich auch frei, durch den Erlass einer unmittelbar geltenden, inhaltlich unbestimmten Vorschrift die Möglichkeit zur Rechtsergänzung zu eröffnen, und zwar gerade auch dann, wenn über das Bedürfnis für eine Regelung keine Klarheit zu gewinnen ist¹.

Dagegen ist in rechtspolitischer Hinsicht zu differenzieren. Den Fällen, in denen die Generalklausel ein legitimes, weil aus politischen und praktischen Gründen das einzig mögliche Gestaltungsmittel² darstellt, stehen diejenigen Fälle gegenüber, in denen der Gesetzgeber versagt, weil er wider

¹Vgl. dazu aber Wiedemann (Festschrift für Larenz, S. 215), der seine Forderung nach einem gesetzlichen Leitbild in die Formel kleidet: Je ungenauer die Tatbestandsmerkmale, desto plastischer die zugrunde liegende Wertung.

²Vgl. Diederichsen, Flucht des Gesetzgebers, S. 21, 23-25; Kübler, JZ 1969, 650; Garstka, Generalklauseln, JML, S.121; Bachof, JZ 1955, 100.

bessere Erkenntnis eine Wertungsfrage nicht entscheidet bzw. sich seiner Verantwortung zu entziehen versucht, weil er für einen bedeutsamen, mit einer vorhandenen Generalklausel nicht befriedigend zu regelnden Komplex keinen Sondertatbestand schafft¹. In diesen Fällen ist die Gefahr groß, daß die über die Konkretisierung verbindlich entscheidenden Organe, insbesondere die Gerichte, die bei Generalklauseln allgemein besonders breiten Möglichkeiten zur Rechtsfindung nach eigenen Vorstellungen² in unzulässiger Weise nutzen³. Dem muß mit besonderem Nachdruck die Forderung nach methodengerechter Konkretisierung und nach genauer Einhaltung der sich daraus für die auf Generalklauseln gestützte Rechtsfindung ergebenden Grenzen entgegengehalten werden⁴.

¹ Diederichsen, Flucht des Gesetzgebers, S. 22, 25 ff unter b) und c).

² Garstka (Generalklauseln, JML, S. 120) spricht von einer Verstärkung der Position der rechtsanwendenden Instanzen.

³ Die bloße Möglichkeit des Mißbrauches ist kein entscheidendes Argument gegen Generalklauseln als gesetzliches Gestaltungsmittel (Werner, Generalklauseln, S. 209).

⁴ Der Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 80 Abs. 1 GG ist auch als Indiz für eine Grenzüberschreitung der in der Generalklausel liegenden Ermächtigung (so J. Ipsen, S. 232 f) nicht geeignet, denn einerseits kann er bei der Ermittlung des verbindlichen Maßstabs als solchen nichts leisten und andererseits reicht es aus, daß man die aus seiner sachlichen Unergiebigkeit im Einzelfall resultierende Unmöglichkeit der Konkretisierung anerkennt und respektiert.

Zusammenfassung

Generalklauseln sind allgemeine Regelungen, die der inhaltlichen Präzisierung bedürfen. Von den rechtlichen Vorschriften kann man daher diejenigen als Generalklauseln bezeichnen, die zwar unmittelbar gelten, aber inhaltlich unbestimmt sind. Damit eignet sich der Begriff der Generalklausel besonders zur Kennzeichnung der Übergangszone zwischen der Rechtsfindung secundum legem i.e.S. und dem Lückenbereich.

Das Merkmal der inhaltlichen Präzisierungsbedürftigkeit ist im Sinne von Wertausfüllungsbedürftigkeit zu verstehen, weil völlige Bestimmtheit nur ausnahmsweise gegeben ist und das Abstellen auf dieses Erfordernis den Bereich der Rechtsfindung secundum legem i.e.S. auf Kosten desjenigen der Generalklauseln ganz unangemessen einschränken würde. Bei der Beurteilung der Wertausfüllungsbedürftigkeit einer rechtlichen Regelung sind auch die Bestimmungen zu berücksichtigen, die ihrer Erläuterung dienen. Während die Wertausfüllungsbedürftigkeit einer rechtlichen Anordnung als solcher durch exemplifizierende Konkretisierungen unberührt bleibt, lassen solche erläuternde Bestimmungen, die das Wertungselement definieren, die Wertausfüllungsbedürftigkeit entfallen.

Aufgrund des Merkmals der inhaltlichen Präzisierungsbedürftigkeit ergibt sich, daß begrifflich i.e.S. oder typologisch gefaßte Tatbestände keine Generalklauseln sein können, weil sie eine rechtliche Wertung enthalten. Das gleiche gilt aber für Blankettnormen, denn ihre Verweisungen stellen nur eine besondere Technik der Tatbestandsbildung dar, die nichts daran ändert, daß sich die Wertung mittelbar aus der gegebenen rechtlichen Anordnung selbst ergibt.

Das Merkmal der unmittelbaren Geltung bedeutet, daß die fragliche rechtliche Anordnung mit der Intention und dem Anspruch auftritt, daß sie für die Anwendbarkeit auf den

einzelnen Lebensvorgang der Einschaltung einer zusätzlichen Regulationsinstanz nicht bedarf, die die eigentliche Regelung erst schafft. Nach außen zeigt sich dieser Anspruch z.B. in ihrer direkten Adressierung an die an den zu regelnden Lebensvorgängen Beteiligten oder an ihrer scheinbar auf Subsumtion angelegten Form. Dieses Merkmal verbietet es auch, Generalklauseln als pure Normbildungsermächtigungen an die Gerichte zu verstehen, weil damit der Unterschied zu solchen Anordnungen verwischt würde, die der Umsetzung in Regelungen mit unmittelbarem Rechtsbeeinflussungswillen bedürfen wie z.B. Ermächtigungen zum Erlass von Rechtsverordnungen.

Mit Hilfe dieses Kriteriums läßt sich die Generalklausel insbesondere gegenüber Programmsätzen und Ermessensbestimmungen abgrenzen. Während Programmsätze sich darauf beschränken, die Regelung einer Rechtsfrage oder eines Sachgebiets anzukündigen, ohne selbst eine Regelung zu enthalten, geht es bei Ermessensbestimmungen um Anordnungen, die nicht zum Erlass genereller Normen ermächtigen, sondern die Regelung des jeweils anstehenden konkreten Falles einer speziellen Regulationsinstanz übertragen und dafür auf deren subjektive Zweck- oder Gerechtigkeitsvorstellungen abstellen.

Das dritte Kennzeichen der Generalklausel liegt im Erfordernis einer rechtlichen Anordnung, das sowohl durch eine gesetzliche als auch durch eine gewohnheitsrechtliche Regelung erfüllt wird. Anhand dieses Merkmals erfolgt die Abgrenzung der Generalklausel gegenüber dem Lückenbereich, der durch die vom Standpunkt der gesamten Rechtsordnung aus planwidrige Unvollständigkeit der gesetzlichen oder gewohnheitsrechtlichen Anordnungen gekennzeichnet ist. Übereinstimmung besteht zwischen Generalklauseln und Lücken darin, daß gesetzliche Einzelwertungen fehlen, und das zeigt an, daß es sich in beiden Bereichen um Rechtsergänzung handelt. Während

es aber im Lückengebiet einer besonderen Legitimation für die Normbildung bedarf, ergibt sich diese bei Generalklauseln aus der Bestimmung selbst. Generalklauseln sind gesetzlich oder gewohnheitsrechtlich vorgesehene Bereiche von Rechtsergänzung. Als Form kommt für solche Anordnungen die Erstreckung einer vorhandenen Regelung auf ähnliche Fälle, die Verknüpfung eines zum Teil offenen Tatbestands mit einer wenigstens generell bestimmten Rechtsfolge, die Verbindung eines Tatbestands mit einer offenen Rechtsfolgeanordnung und das Abstellen auf ein vorpositives Prinzip für die Normierung einer bestimmten Rechtsfrage in Betracht.

Der Begriff der Konkretisierung ist sehr vielseitig verwendbar und schillernd. Wesentlich ist aber die Vorstellung der Modifikation eines Gegenstandes durch Hinzufügung eines weiteren Elements unter Erhaltung seiner Identität. Diese Merkmale korrespondieren mit den für Generalklauseln wesentlichen Merkmalen der inhaltlichen Präziserungsbedürftigkeit und der unmittelbaren Geltung. Die bloße Modifikation der Generalklausel ist Konsequenz ihrer unmittelbaren Geltung; das Merkmal der Hinzufügung einer noch nicht vorhandenen Komponente ist auf die Wertausfüllungsbedürftigkeit zugeschnitten. Durch diese Merkmale unterscheidet sich die Konkretisierung von Generalklauseln auch von der Handhabung der von ihnen abgegrenzten rechtlichen Anordnungen.

Die Konkretisierung einer Generalklausel scheidet in zwei Fällen von vornherein aus: Einmal wenn eine substantielle Regelung der gleichen Rechtsfrage vorhanden ist, weil die Generalklausel wegen ihrer Ergänzungs- oder Auffangfunktion solchen Vorschriften gegenüber subsidiär ist, zum anderen insofern, als für einen bestimmten Sachbereich eine wertungsmäßig bestimmte Regelung der einschlägigen Rechtsfrage existiert, die als abschließende Regelung zu verstehen ist und damit insoweit ein Rechtsergänzungsverbot enthält. Als speziellere Regelung der Rechtsergänzungsfrage geht das

Verbot im letzteren Falle der in der Generalklausel liegenden Ermächtigung vor.

Die geringsten Schwierigkeiten für die inhaltliche Präzisierung bietet diejenige Art der als Generalklausel in Betracht gezogenen rechtlichen Anordnungen, die sich darauf beschränkt, eine für einen oder mehrere fest umrissene Tatbestände geschaffene Regelung auf "ähnliche Fälle" zu erstrecken. Es handelt sich dabei um eine explizite Anweisung zur Beachtung des positiven Gleichheitssatzes, die durch solche Vorschriften legitimierte Bildung substantieller Normen erfolgt durch Analogie oder argumentum a fortiori bzw. a maiore ad minus.

Bei der Gruppe von Generalklauseln, die eine wenigstens generell bestimmte Rechtsfolge mit einem offenen Tatbestand verknüpfen, muß bei der Konkretisierung zwischen der unmittelbaren Umsetzung in sachliche Regelungen und der durch solche vermittelten weiteren Konkretisierung unterschieden werden. Für die unmittelbare Konkretisierung ist zunächst zu beachten, daß die zu bildende Norm die von der Generalklausel bereitgehaltene Rechtsfolge übernehmen muß, weil eine abweichende Gestaltung von der Normbildungsermächtigung nicht gedeckt wäre. Bezüglich des Tatbestandes ist zu differenzieren: Für seine bestimmten Merkmale gilt das gleiche wie für die Rechtsfolgeanordnung. Im Verhältnis zu diesen kommt den die Wertausfüllungsbedürftigkeit bedingenden Elementen des Tatbestandes Komplementärfunktion zu. Es geht dabei um die Ermittlung der tatsächlichen Gestaltung von Sachverhalten aus dem durch die bestimmten Merkmale abgesteckten Bereich, auf die die von der Generalklausel geforderte Beurteilung zutrifft und deren Einbau in den Tatbestand der zu bildenden Norm.

Da wegen der Abgrenzung zu Ermessensbestimmungen die Bewertung aufgrund feststellbarer Maßstäbe und nicht nach den subjektiven Vorstellungen des jeweiligen Beurteilers erfolgen muß, besteht die erste Aufgabe dieses Teils der

Konkretisierung in der Ermittlung des für die Beurteilung maßgeblichen Maßstabs. Das erfolgt im Wege der Interpretation der Wertungselemente der Generalklausel, wobei zu beachten ist, ob der Maßstab explizit bezeichnet ist und es auf einen Verstoß oder die Übereinstimmung mit ihm ankommt oder ob durch die Angabe eines Wertungsprädikats quasi nur das geforderte Ergebnis der Beurteilung genannt ist.

Zulässig sind alle geläufigen Auslegungsmodalitäten, bezüglich der teleologischen Interpretation und der Auslegung aus dem inneren System der Rechtsordnung sind aber spezielle Gesichtspunkte zu berücksichtigen. Teleologische Auslegung kann nicht auf den Sinn der Generalklausel insgesamt, sondern muß auf die mit der Verweisung verfolgten Ziele abheben. Dabei ist bedeutsam, daß im Zweifel der einer nachprüfbaren Ermittlung seiner sachlichen Ausgestaltung zugängliche Maßstab ebenso den Vorzug verdient wie derjenige, der zum in Frage stehenden Sachbereich einen näheren Bezug aufweist. Umgekehrt sind solche Auslegungen der Verweisung zu verwerfen, die zur Maßgeblichkeit einer Ordnung führen würden, die keinerlei Bezug zum fraglichen Sachgebiet hat oder deren Verbindlichkeit ohne Verstoß gegen die Rechtsordnung, insbesondere die Verfassung, nicht angenommen werden kann. Schließlich ist von besonderer Bedeutung, daß im Zweifelsfall und vor allem bei bloßer Angabe eines Wertungsprädikats in der Generalklausel auf soziale und sozial-ethische Normen und auf kollektive Wertvorstellungen abzustellen ist, weil diese quasi eine Vorstufe der Rechtsordnung und das Reservoir darstellen, aus dem die Rechtsordnung sich ergänzt.

Die Suche nach Modellfällen aufgrund des gewonnenen Maßstabs setzt Kenntnisse dieser maßgeblichen Ordnung voraus. Verfügt der Beurteiler, vor allem der Richter, selbst darüber, so darf er sie verwerten, der Richter muß lediglich zur Vermeidung von Überraschungsentscheidungen auf Spezial-

kenntnisse, auf die er sich stützen will, hinweisen. Fehlen ihm Kenntnisse der maßgeblichen Ordnung, so muß er einen Sachverständigen heranziehen, der ihm einschlägige Modellfälle benennt. Allerdings kann er wegen der insoweit ungeklärten prozessualen Fragen keine Untersuchung zu einem noch nicht näher erforschten Bereich veranlassen, um eine sonst nicht zu rechtfertigende Normbildung zu ermöglichen. Eine unmittelbare Konkretisierung der Generalklausel kommt vielmehr in diesem Fall nicht in Betracht.

Wenn sich anhand des ermittelten Maßstabs Modellfälle feststellen lassen, sind ihre tatsächlichen Merkmale insoweit zur Komplettierung des Tatbestands der neuen Norm zu verwenden, als sie die geforderte Beurteilung tragen. Außer Betracht bleiben Elemente, die einer echten Individualisierung dienen, weil der Tatbestand den Lebensvorgang als wiederholbaren kennzeichnen muß. Die Grenze der unmittelbaren Generalisierung im Interesse einer möglichst weitgehenden Präzisierung der Generalklausel liegt darin, daß die Berechtigung der geforderten Beurteilung regelmäßig nur für sehr spezialisierte Konstellationen gesichert ist.

Ist die Normhypothese durch Aufnahme der die Wertung tragenden Elemente in den Tatbestand vervollständigt, so ergeben sich aus der Generalklausel selbst zwar keine weiteren Anforderungen an die zu schaffende Regel, die Normbildung aufgrund einer besonderen Ermächtigung befreit aber nicht von der Beachtung der vorhandenen rechtlichen Wertungen. Da die Erfüllung dieser sich aus dem Systemgedanken ergebenden Forderung nicht automatisch gesichert ist, muß die gebildete Normhypothese zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen auf ihre Systemverträglichkeit geprüft und im Falle ihrer Unvereinbarkeit mit den den fraglichen Teil der Rechtsordnung repräsentierenden materialen Rechtsprinzipien als Konkretisierung der Generalklausel verworfen werden. Einen Sonderfall der rechtlichen Kontrolle stellt

die Überprüfung des vorläufigen Konkretisierungsergebnisses an den materialen Verfassungsprinzipien dar, die in der gesamten Rechtsordnung Geltung beanspruchen. Hält die gebildete Regel dieser rechtlichen Kontrolle stand, ist sie als unmittelbare Konkretisierung der Generalklausel anzuerkennen.

Damit sind die Möglichkeiten unmittelbarer Konkretisierung zwar erschöpft, ihre ausschließliche Verwendung entspräche aber einer Beschränkung der Interpretation substantieller Normen auf solche Auslegungen, die in den jeweiligen Begriffskern fallen und systemgerecht sind. Bei der darüber hinaus in Betracht zu ziehenden Normbildung durch Anknüpfung an vorhandene Konkretisierungen ist danach zu unterscheiden, ob gesetzliche oder bereits geglückte bzw. jederzeit mögliche unmittelbare Konkretisierungen den Ausgangspunkt bilden.

Für den letzteren Fall stellt sich zuerst die Frage, wie sich die Anknüpfung an unmittelbare Konkretisierungen zur weiteren Rechtsschöpfung rechtfertigen läßt, obwohl eine Bindung selbst an entsprechende Entscheidungen von Obergerichten nicht besteht. Der maßgebliche Gesichtspunkt ist die Richtigkeit des gewählten Ausgangspunktes, von der sich jeder Normschöpfer bei seinem Vorgehen in eigener Verantwortung überzeugen muß. Die Intensität der entsprechenden Prüfung hängt bei Präjudizien von dem Grad der Anerkennung ab, den sie in Lehre und Praxis erlangt haben. Fehlt ein Präjudiz, so kann die geeignete Grundlage für eine beabsichtigte Normbildung ad hoc vom Normschöpfer im Wege der unmittelbaren Konkretisierung selbst geschaffen werden.

Die neu zu bildende Regelung muß sich ebenso wie unmittelbare Konkretisierungen in dem von der Generalklausel gezogenen Rahmen halten. Das erfordert, daß sie nur die von der Generalklausel vorgesehene Rechtsfolganordnung ent-

halten darf und auch die bestimmten Tatbestandsmerkmale übernehmen muß. Darüber hinaus muß sie sich innerhalb des möglichen Wortsinnes des Wertungselements der Generalklausel bewegen. Erst wenn sich dann begründen läßt, daß die tatbestandlichen Unterschiede zwischen Ausgangsbasis und Hypothese im Hinblick auf die Rechtsfolge ohne Bedeutung sind, ist die neue Konkretisierung gesichert, der Tatbestand verdient im rechtlichen Sinne die gleiche Beurteilung wie der Ausgangstatbestand. Auf diese Weise besteht die Möglichkeit, für jeden Sachverhalt innerhalb des Regelungsbereichs der Generalklausel durch Erfassung aller potentiell für die Rechtsfrage relevanten Merkmale unter Absehen von den reinen Individualisierungsmomenten eine Normhypothese zu bilden und ihre Rechtfertigung zu versuchen. Bei diesem traditionell als Fallvergleichung bezeichneten Vorgang, der nichts anderes als den Versuch der Analogie oder des argumentum a fortiori darstellt, sind alle für und gegen die Gleichbehandlung der beiden Tatbestände sprechenden Gesichtspunkte zu berücksichtigen, wobei den aus dem geltenden Recht zu entnehmenden Aspekten besondere Bedeutung zukommt. Zusammen mit der erörterten rechtlichen Kontrolle erfüllt diese Argumentation bei Generalklauseln die Funktion, die systematischer Interpretation bei substantiellen Normen zukommt. Auch hier gilt das für die Argumentation aus dem System der Rechtsordnung, d.h. aus den tragenden materialen Prinzipien Gesagte entsprechend für die materialen Verfassungsprinzipien. Auch hier ist aber eine Anknüpfung an eine unmittelbare Konkretisierung und die Einhaltung der für Konkretisierungen einer Generalklausel genannten Grenzen unerlässlich. Jenseits dieser Beschränkungen handelt es sich um die Feststellung und Ausfüllung von Lücken mit Hilfe materialer Rechtsprinzipien im allgemeinen und Verfassungsprinzipien im besonderen.

Verfügbare Konkretisierungsergebnisse können aber nicht nur in der beschriebenen Weise verwertet werden. Je größer ihre

Menge wird, umso wichtiger wird vielmehr ihre Ordnung zu Fallgruppen unter Ausrichtung an den in ihnen jeweils realisierten Rechtsgedanken. Das erleichtert zunächst durch die Überschaubarkeit des gesamten Materials nur die Auffindung geeigneter Anknüpfungspunkte für die Fallvergleiche, der Übergang zur Einordnung neuer Tatbestände in die Fallgruppe stellt aber bereits eine qualitative Veränderung des Vorgehens dar, das schließlich zur Bildung normativer Typen führen kann, denen immer wieder neue Fälle zugeordnet werden können. Die Umbildung so gewonnener Typen zu generellen festen Tatbeständen unterliegt dagegen gewissen Einschränkungen, denn die damit verbundene Verschiebung des Objektbereichs, die dem Gesetzgeber aufgrund von Sekundärwertungen erlaubt ist, läßt sich aus der Generalklausel nicht rechtfertigen. Ihre offene Fassung enthält vielmehr eine Stellungnahme gegen die Berücksichtigung von Sekundärwertungen und für material gerechte Entscheidungen. Beim Abstellen auf das Vorliegen bestimmter tatsächlicher Merkmale muß daher mit Zusätzen wie "grundsätzlich" die Möglichkeit von Ausnahmen offen gehalten werden, auf die der sonst tragende Rechtsgedanke trotz Verwirklichung der Merkmale nicht zutrifft.

Festzuhalten bleibt, daß auch diese Art der Tatbestandsbildung nicht durchgehend erreichbar ist, sondern daß die prinzipielle Unabgeschlossenheit der Konkretisierung im Nebeneinander der beschriebenen Entwicklungsstufen für verschiedene Teilbereiche der Generalklausel Ausdruck findet.

Knüpft man für die vermittelte Normbildung statt an unmittelbar geschaffene an gesetzliche Konkretisierungen an, so ist zuerst zu klären, wann solche überhaupt vorliegen. Wie die bereits behandelten Konkretisierungen müssen auch sie die in der Generalklausel enthaltenen bestimmten Tatbestandsmerkmale sowie deren Rechtsfolge verwenden. Darüber hinaus müssen sie zwar nicht die in der Generalklausel geforderte

Beurteilung tragen, weil sonst auch dem Gesetzgeber eine Konkretisierung verwehrt wäre, wo sie wegen der Unmöglichkeit der Begründung dieser Beurteilung besonders nötig ist, sie müssen aber wie vermittelte Konkretisierungen den möglichen Wortsinn des Wertungselements der Generalklausel wahren.

Für die Art und Weise der Nutzung gesetzlicher Konkretisierungen zur weiteren Normbildung gilt grundsätzlich das zur Anknüpfung an unmittelbare Konkretisierungen Ausgeführte, als Verfahren kommen Analogie und argumentum a fortiori in Frage. Als Besonderheit bleibt lediglich zu vermerken, daß die für einen Sachverhalt zu bildende Normhypothese schon soweit generalisiert werden muß, daß sie auf der gleichen Ebene mit der als Argumentationsbasis dienenden gesetzlichen Konkretisierung steht. Das hat andererseits zur Folge, daß insoweit eine Generalisierung zur Erfassung weiterer Fälle nicht mehr zu erfolgen braucht. Eine weitere Generalisierung ist durchaus möglich. Dabei ist nur zu beachten, daß wegen der unterschiedlichen Geltungsgründe aus der umfassenderen Norm die den Ausgangspunkt der Argumentation bildende gesetzliche Konkretisierung durch einen Zusatz ausgespart werden muß.

Die Trennung von unmittelbarer und vermittelter Konkretisierung ist auch bei der Betrachtung der Generalklauseln angezeigt, die einen generell bestimmten Tatbestand mit einer ein Wertungselement enthaltenden Rechtsfolgeanordnung verbinden. Bei diesen Vorschriften kommt es darauf an, für jede Spezialisierung des allgemeinen Tatbestands die passende Rechtsfolgeanordnung zur Lösung einer einheitlichen Rechtsfrage zu finden. Daraus ergibt sich bereits, daß hier neben den zu übernehmenden bestimmten Merkmalen dem Wertungselement für die Vervollständigung beider Normteile Bedeutung zukommt. Die geforderte Bewertung enthält bei dieser Art von Generalklauseln immer ein Urteil über

die Relation zwischen Tatbestand und Rechtsfolge der zu bildenden Norm. Dennoch behalten die Ausführungen zur unmittelbaren Konkretisierung bei der Gruppe von Generalklauseln mit dem Wertungselement im Tatbestand hier uneingeschränkt Gültigkeit, und zwar nicht nur bezüglich der Feststellung des erforderlichen Maßstabs und der Ermittlung von Modellfällen, sondern auch hinsichtlich der Notwendigkeit einer rechtlichen Kontrolle der gewonnenen Normhypothese. Bei der an unmittelbare Konkretisierungen anknüpfenden weiteren Normbildung beschränkt sich die Übereinstimmung mit den allein im Tatbestand unbestimmten Generalklauseln auf die Berechtigung zur Verwertung der unmittelbaren Konkretisierungen. Das Verfahren selbst beginnt mit der Bildung des Tatbestandes aus dem in Frage stehenden Lebenssachverhalt einschließlich der Prüfung, ob die bestimmten Tatbestandsmerkmale der Generalklausel berücksichtigt sind. Danach geht es darum, den tragenden Rechtsgedanken aus den als Anknüpfungsbasis dienenden gesicherten Normen herauszuarbeiten und den gebildeten Tatbestand durch Verknüpfung mit einer die entsprechenden bestimmten Merkmale der Generalklausel wahren Rechtsfolge zu einer Regelung zu komplettieren, die Ausdruck eben dieses Rechtsgedankens ist und den möglichen Wortsinn des Wertungselements nicht überschreitet. Zur Auffindung einer solchen Rechtsfolge ist es vielfach erforderlich, alle in Betracht kommenden Möglichkeiten durchzuprobieren, wobei sich auch ergeben kann, daß mehrere Regelungen gleich gut geeignet sind. Bei Fragen quantitativer Abstufung dürfte das sogar die Regel sein, und zwar in der Form, daß sich nur ein gewisser Bereich angeben läßt, innerhalb dessen sich die Rechtsfolge bewegen muß. Abschließend ist die so gebildete Normhypothese auf ihre Vereinbarkeit mit den den fraglichen Teil der Rechtsordnung tragenden materialen Rechtsprinzipien zu prüfen.

Die an den realisierten Rechtsgedanken orientierte Ordnung der Konkretisierungsergebnisse führt auch hier zu Fallgrup-

pen, die zunächst eine Übersicht der möglichen Anknüpfungspunkte bieten und dann eine Einordnung neuer Tatbestände zwischen denjenigen der gesicherten Regeln ermöglichen, womit sich auch für die für den neuen Tatbestand zu findende Rechtsfolge bereits ein gewisser Rahmen ergibt, innerhalb dessen die verbleibenden Möglichkeiten durchprobiert werden können.

Die Möglichkeit weiterer Zusammenfassung der Konkretisierungsergebnisse hängt davon ab, ob sich die Fallgruppen in Untergruppen aufteilen lassen, die jeweils eine einheitliche Rechtsfolge aufweisen. Gelingt das, so eröffnen sich für die weitere tatbestandliche Verfestigung die gleichen Möglichkeiten wie bei Generalklauseln mit bestimmter Rechtsfolge und offenem Tatbestand. Gelingt das nicht, so bestehen für eine weitere Generalisierung nur geringe Chancen. Das hat seinen Grund darin, daß als Alternative der Generalisierung nur die Ermittlung einer festen Relation zwischen der Entwicklung des Tatbestandes und der Rechtsfolge in Frage käme, was aber praktisch immer daran scheitert, daß es keine feste Bewertungsskala für alle denkbaren Tatbestandsmerkmale gibt.

Hinsichtlich der Kriterien gesetzlicher Konkretisierungen und der Zulässigkeit ihrer Verwertung gilt in vollem Umfang das gleiche wie bei Generalklauseln mit offenem Tatbestand und bestimmter Rechtsfolge. Die Art und Weise der Verwertung einer gesetzlichen Konkretisierung richtet sich nach der Art der in ihr enthaltenen Regelung. Ordnet sie eine einheitliche Rechtsfolge für einen generellen Tatbestand an, so kann sie für den Nachweis dienen, daß für einen anderen Tatbestand gleicher Abstraktionshöhe die gleiche (Analogie) oder eine bestimmte andere Rechtsfolge dem gleichen Rechtsgedanken entspricht. Legt sie dagegen für einen bestimmten Bereich eine Relation zwischen der Quantität eines bestimmten Merkmals und der Entwicklung der artmäßig bestimmten

Rechtsfolge fest, so kann versucht werden, diese Relation auf einen weiteren Bereich zu übertragen oder eine ähnliche Relation für einen anderen Ausschnitt aus dem Regelungsbereich der Generalklausel zu rechtfertigen.'

Die mit einer Verweisung auf ein materiales Rechtsprinzip arbeitenden Generalklauseln lassen sich als Sonderfall der soeben erörterten Gruppe von Generalklauseln mit dem Wertungselement auf der Rechtsfolgeseite verstehen. Ihre Besonderheit besteht im wesentlichen darin, daß die Rechtsfolge noch gar nicht begrifflich eingegrenzt ist. Die Konsequenz daraus ist, daß ihre Konkretisierung grundsätzlich ebenso wie für die allgemeinere Gruppe dargestellt abläuft. Daraus ergibt sich u.a., daß sich auch die aus ihnen ableitbare Normbildungsermächtigung auf den durch die bestimmten Merkmale eingegrenzten Bereich beschränkt und es sich jenseits davon um die Feststellung und Ausfüllung von Lücken anhand des in Frage stehenden Rechtsprinzips handelt.

Hinzuweisen ist auf einige spezielle Punkte: Die aufgrund des Wertungselements zu stellende Frage bei der unmittelbaren Konkretisierung muß nach einer Regelung suchen, die sich innerhalb des von den bestimmten Merkmalen der Generalklausel abgesteckten Problemkreises bewegt und als Ausprägung des in Bezug genommenen Prinzips anzusehen ist. Diese Fragestellung führt dazu, daß als unmittelbare Konkretisierungen praktisch nur soziale Normen und kollektiven Vorstellungen entsprechende Verhaltensweisen in Betracht kommen, die als Realisierung des fraglichen Prinzips gelten und einer Überprüfung an den das "innere System" der fraglichen Teilrechtsordnung bildenden materialen Rechtsprinzipien standhalten. Bei der vermittelten Konkretisierung ist zunächst aus der vorhandenen Konkretisierung deren tragender Rechtsgedanke herauszuarbeiten, obwohl die Generalklausel explizit auf das zu realisierende Prinzip verweist, weil die so ermittelten Unterprinzipien für die Normbildung

wegen ihrer größeren Sachnähe besser geeignet sind und im weiteren Verlauf der Konkretisierung für die Bildung von Fallgruppen ohnehin eine Orientierung an mehreren differenzierten rationes nötig ist.

Aus der sachlichen Unbestimmtheit und der latenten Möglichkeit ihrer Nichtkonkretisierbarkeit ergeben sich keine generellen rechtlichen Einwände gegen die Generalklausel als gesetzgeberisches Gestaltungsmittel. Dagegen entfallen rechtspolitische Vorbehalte gegen sie nur dann, wenn aus politischen oder praktischen Gründen keine andere Regelung erreichbar ist, nicht aber, wo der Gesetzgeber wider bessere Erkenntnis keine sachliche Regelung trifft, obwohl die zu normierende Frage mit einer Generalklausel nicht zu bewältigen ist. In diesen Fällen kommt der Einhaltung der Grenzen, die für eine auf Generalklauseln gestützte Rechtsfindung bestehen, besondere Bedeutung zu.

Lebenslauf

Am 11. August 1942 wurde ich in Hof, Kreis Bärn (Ostsudeten), geboren. Meine Eltern sind der Bauingenieur Alois Haubelt und seine Ehefrau Elisabeth, geb. Zwirner.

Im Alter von 3 Jahren kam ich im Frühjahr 1946 als Heimatvertriebener nach Frankenhain, Kreis Eschwege (Hessen). Dort besuchte ich auch die beiden ersten Klassen der Volksschule von Ostern 1949 bis November 1950. Zu diesem Zeitpunkt übersiedelte unsere Familie nach Kassel, wo ich weiter zur Volksschule und seit Ostern 1953 bis zum Abitur im Februar 1962 zur Wilhelmschule (Realgymnasium) ging.

Vom Sommersemester 1962 an studierte ich an der Universität Marburg Politik, Französisch und Russisch. Nach drei Semestern wechselte ich das Studienfach und begann mit dem Studium der Rechtswissenschaft. Nach einem Fachsemester setzte ich mein Studium im Sommersemester 1964 für weitere sieben Semester an der Universität München fort. Ich habe das erste juristische Staatsexamen im Januar 1968 und das zweite juristische Staatsexamen im März 1972 jeweils in München bestanden.

Von April 1972 bis März 1978 arbeitete ich am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Prozeßrecht der Universität Augsburg bei Prof. Dr. Peter Schlosser als wissenschaftlicher Assistent. Seit Mai 1978 bin ich Rechtsanwalt in Stuttgart.

